شرح القواعد الفقهية

تأليف:
الشيخ أحمد الزرقا

قدم له:
نجله: مصطفى أحمد الزرقا — عبد الفتاح أبو غدة

نسقه وراجعه وصححه
د. عبد الستار أبو غدة

دار الغرب الإسلامي


شرح القواعد الفقهية





تأليف:

الشيخ أحمد الزرقاء

قدم له:

نجله: مصطفى أحمد الزرقاء   عبد الفتاح أبو غدة

نسقه وراجعه وصححه

د. عبد الستار أبو غدة



الطبعة الأولى
1403 هـ = 1983 م

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

بقلم مصطفى أحمد الزرقاء

ابن المؤلف

إن القواعد الكلية الفقهية التي صُدرت بها مجلة الأحكام العدلية، وهي تسع وتسعون قاعدة معروفة، أولاها قاعدة (الأمور بمقاصدها) وأخراها قاعدة (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه)، هي تعابير فقهية مركّزة، تعبر عن مبادىء قانونية، ومفاهيم مقررة في الفقه الإسلامي، تبنّتها المذاهب الاجتهادية في تفريع الأحكام، وتنزيل الحوادث عليها، وتخريج الحلول الشرعية للوقائع، سواء في ذلك العبادات والمعاملات والجنايات وشئون الأسرة (الأحوال الشخصية)، وأمور الادارة العامة وصلاحياتها، والقضاء ووسائل الاثبات (البينات القضائية).

فهذه القواعد صيغ إجمالية عامة من قانون الشريعة الإسلامية، ومن جوامع الكلم المعبر عن الفكر الفقهي، استخرجها الفقهاء في مدى متطاول من دلائل النصوص الشرعية، وصاغوها بعبارات موجزة جزلة، وجرت مجرى الأمثال في شهرتها ودلالاتها[1] في عالم الفقه الإسلامي، بل في عالم القانون الوضعي أيضاً. فكثير منها تعبر عن مبادىء حقوقية معتبرة ومقررة لدى القانونيين أنفسهم، لأنها ثمرات فكر عدلي وعقلي ذات قيم ثابتة في ميزان التشريع والتعامل والحقوق والقضاء، كما يرى في مثل القواعد التالية:

(1) ينظر في هذا الشأن كتابي «المدخل الفقهي العام»، الجزء الثاني منه لمحة تاريخية عن القواعد الكلية وحركة تقعيدها الفقرات /560-571/.

«اليقين لا يزول بالشك» و «الأصل براءة الذمة» و «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني» و «الساقط لا يعود» و «اذا سقط الأصل سقط الفرع» و «الأصل في الكلام الحقيقة» وكثير غيرها. فكل هذه المفاهيم القاعدية لها قيم قانونية وقضائية ثابتة في فقه القانون الوضعي كما في الفقه الإسلامي.

وبعد عهد المجلة حل محلها في العراق القانون المدني العراقي الحديث الذي استمد شيئاً من الفقه الإسلامي، فوضعت بعض هذه القواعد الفقهية سمطاً في صدره عنواناً على هذا الاستمداد والتآلف.

ثم جاء قبل سنوات القانون المدني الأردني الذي أريد أن يقام من الأساس على ركائز الفقه الإسلامي فأخذ كثيراً من هذه القواعد، ووضعها متفرقة موزعةً في مناسباتها من أبوابه ومواده.

وأخيراً في مشروع القانون المدني الموحد للبلاد العربية الذي يصاغ الآن ويؤصل تأصيلاً كاملاً من الفقه الإسلامي في الدائرة القانونية من جامعة الدول العربية، أقرت لجنة الخبراء فيه واللجنة العامة تصديره بهذه القواعد، لتكون هالةً نيّرة من الفقه الإسلامي تتوِّجه وتوحي بمصدر استمداده وتأصيله.

كل هذا قد زاد من أهمية هذه القواعد وشأنها في دنيا الفقه والقانون معاً في البلاد العربية.

إن جميع شراح المجلة السابقين قد شرحوا هذه القواعد في مستهل شروحهم للمجلة، وإن والدي الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، رحمهما الله، كان مولعاً بهذه القواعد. فحمله ولعه هذا بها على أن سعى لجعلها مادة درسية مستقلة يجري تدريسها على حدة إلى جانب الأبواب الفقهية التقليدية في برنامج المدرسة الشرعية النظامية التي أنشئت في مدينة حلب من سورية في أول العشرينيات من هذا القرن، (وتسمى اليوم: المدرسة الثانوية الشرعية)، وتولى هو تدريسها فيها وفي مدارس شرعية أخرى مدة عشرين عاماً. ذلك لأن هذه القواعد لا تختص بباب أو أبواب معينة من الفقه، بل تنبسط على سائر أقسام الفقه، وتتفرع عليها فروع من جميع أبوابه، ويظهر بها ارتباط المسائل الفرعية بالمبادىء والعلل الحاكمة فيها من مختلف تلك الأقسام، وتعطي الدارس لها ملكة فقهية عامة، وتبين له

وحـدة المبدأ الفقهي الـذي يسود كثيـراً من فـروع الأحكـام في مختلف الأبـواب، من العبادات حتى المواريث.

فالطالب في دراسته الشرعية أو القانـونية اذا تلقى هـذه القواعـد، وتفهم جيداً مدلولاتها ومدى تطبيقاتها، ووقف على مستثنيـاتها التي يكشف عنهـا الشرح، ثم تفهم الأسبـاب الفقهية التي قضت بقـطع الفرع المستثنى عن قـاعدتـه الـظاهـرة، وإلحـاقـه بقاعدةٍ أو أصلٍ آخر، يشعـر ذلك الـطالب في ختام دراستـه لهذه القـواعد وشـروحها كأنما وقف فـوقَ قمة من الفقـه تشرف عـلى آفاق متـرامية الأطـراف من الفكر الفقهي نظرياً وعملياً، ويرى امتداداته التطبيقية في جميع الجهات.

وقد تولى والدي رحمه الله في خـلال تدريسـه لهذه القـواعد كتـابة شـرح وافٍ لهـا، استقصى فيه زبـدة ما في الشـروح السابقـة من الشـروح الحـديثة عـلى المجلة، كشرح رستم الباز وشرح العلامة علي حيدر (التركي) وشـرح العلامـة الأتاسي، ومن الشـروح الفقهية القـديمة عـلى القواعـد، ومما جـاء في الأشبـاه والنـظائـر لابن نجيم الحنفي وحـاشية الحمـوي عليه (ومنـه استمدت جمعيـة المجلة معظم هـذه القواعـد)، وعني عنـاية كبـرى باستقصـاء المسائـل المتفرعـة على هـذه القواعـد من مختلف أبواب الفقـه، في العبادات والمعـاملات والجنـايات ونـظام الأسرة من نكـاح وطلاق ووصـايا وميـراث، لأن كثرة التفـريع تـظهر مـدى رسوخ القـاعدة وامتـداد سلطانها، كما اهتم كثيراً في كل قاعدة باستقصاء الفروع المستثناة منهـا وبسبب الاستثناء، لأنـه يدل عـلى دقة النظر الفقهي وإحاطته ورعـاية الـظروف والملابسـات الخاصـة في بعض المسائـل، مما يوجب قطعها عن نظائرها الداخلة تحت القاعدة، واعـطاءها حكـماً استثنائيـاً أقرب إلى مقاصد الشريعة بنظرٍ استحساني.

وفي المـدة التي كتب فيها والـدي هذا الشـرح خلال تـدريسه لهـذه القـواعـد لم يكن شرح العلامـة التركي عـلي حيدر قـد ترجم ونشـر بالعـربية، فـاستجلب والدي نسخة تركية من اسطنبول، وكان يكلف من يستطيع من أصـدقائـه العارفـين بالتـركية أن يترجم له ما يحتاج إلى مراجعته ويسجل خلاصته.

وكان رحمه الله قوي الاعتداد بفهمه ومداركـه الفقهية، فلم يكن يستسلم لكـل ما كتبه الشراح السابقون، بل يناقشه وينتقده، فيقبل منـه ويرفض. وقـد ينبه عـلى ما نقده أو رفضه في شرحه هذا.

مميزات هذا الشرح:

يتميز هذا الشرح بأنه ليس مجرد تجميع واختيار مما في الشروح السابقة، بل هو حصيلة غوصٍ فقهي طويل الأمد، بعيد المدى، جمع من الشوارد والشواهد الفقهية ومناقشاتها ما لا يوجد في سواه. وبيان ذلك:

أن والدي كان ولوعاً بالفقه يتتبع موضوعاته ومسائله ومشكلات بعض النصوص الفقهية حتى يجد تصويبها أو تعليلها. وكثيراً ما ينتهي به البحث إلى أنها مبنية على رأي فقهي هو خلاف الصحيح في المذهب الحنفي، فيزول الإشكال.

وكثيراً ما كان يوجه ويعلل بعض الفروع الفقهية الدقيقة غير المعللة، ثم يجد في مطالعته التعليل أو الفهم الذي ارتآه منصوصاً عليه في بعض المراجع، فيشعر بغبطة كبيرة [1].

وكان كثير المطالعة في كتب الشروح والفتاوى من مطبوع ومخطوط نادر، فقلما يوجد في مكتبته شيء من أمهات كتب المذهب لم يحرثه حراثة عميقة. على أن صلته بغير المذهب الحنفي كانت محدودة في حدود ما تحكيه كتب الحنفية من خلافات المذاهب الأخرى في معرض مناقشات الأدلة، وأغلبها خلافات المذهب الشافعي.

فمنذ أن بدأ بتدريس هذه القواعد وكتابة شرحه هذا عليها في غضون السنوات العشرين الأخيرة من حياته، كلما وجد في مراجعاته وقراءاته الفقهية مسألة من فروع الأحكام في أي باب من أبواب الفقه ذات صلة بإحدى هذه القواعد: تفريعاً عليها، أو تعليلاً لها، أو تقييداً، أو استثناء منها، أو بياناً لفروق دقيقة بين مسائل متشابهة في الظاهر قد أعطاها الفقهاء أحكاماً مختلفة، كان ينقله ويلحقه بالقاعدة ذات الصلة، ويعزوه إلى المرجع الذي التقطه منه.

ومعلوم لذوي الممارسة الفقهية أن هناك كثرة كاثرة من فروع الأحكام أو قيودها أو تعليلاتها يذكرها الفقهاء استطراداً في غير مظانها، فلا يراها الباحث إلا

---

(1) ينظر على سبيل المثال، في شرح القاعدة / 75/ التي تقول: إن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، رأيه في طريقة القضاء على الغائب، في أواخر أول تنبيه.

مصادفة حين يكون مهتماً بالبحث عن سواها. فمن لم يكن منتبهاً لاصطياد هذه الشوارد تمر به عابرة وتغيب. أما والدي فقد كان يمسك بهذه السوانح فلا تفلت منه حتى يلحقها بموضعها المناسب من شرح القواعد تفريعاً أو تعليلاً أو إيضاحاً أو تقييداً أو استثناء أو استكمالاً لأجزاء ضابط فقهي. فمن ثم، ولهذا السبب جاء شرحه هذا مستوعباً من المسائل والتطبيقات، وكل حكم ذي صلة بشيءٍ من هذه القواعد، ما لا يوجد في أي شرح آخر.

وأذكر على سبيل المثال أنه، رحمه الله، ظل عدداً من السنين يستجمع عناصر ضابط فقهي لما يسقط من الحقوق بالاسقاط وما لا يسقط، حتى استكمل أجزاءه من مختلف تعليلات الفقهاء في كل نوع من أنواع الحقوق التي لا تسقط بالاسقاط في مختلف الأبواب، كحق الأم في حضانة طفلها، وحق المستحق في الوقف على الذرية، الخ... ثم صاغ هذا الضابط في شرح القاعدة القائلة: «الساقط لا يعود»، ذلك أن شراح المجلة والفقهاء قبلهم لم يذكروا تحت هذه القاعدة ضابطاً لما يسقط من الحقوق بالاسقاط فلا يعود اذا سقط، وما لا يسقط أصلاً باسقاط صاحبه وتنازله عنه، فيقضى لصاحبه به اذا طالب به بعد اسقاطه، فيظن أنه سقط ثم عاد، فيستشكل عندئذ على القاعدة، بينما هو لم يخالف القاعدة لأنه لم يسقط من الأصل. ومجال القاعدة وسلطانها انما هو فيما يسقط من الحقوق بالاسقاط، فهذا النوع اذا سقط لا يعود، وامتنعت المطالبة به.

هذا، وإني أستطيع القول بثقة واطمئنان: إن من يدرس هذا الشرح بتفهم كامل واستيعاب يخرج منه مستشعراً من نفسه أنه قد ملك ملكةً فقهية راسخة، وأنه قد أصبح على ذروة عالية يرى منها كيف تتشعب خطوط الفكر الفقهي في معالجة القضايا والنوازل من أي موضوع كانت، وكيف يسير الفكر الفقهي من عاصمة مسالكه ومركزها الرئيسي، وهو مقاصد الشريعة ونصوصها الأساسية.

***

كان والدي يكتب مسودات هذا الشرح بقلم الرصاص، لأنه كان يتضايق من الكتابة بالحبر. وكان يكتبه على أوراق متفرقة وغير منظمة ولا متناسبة لأنه كان يعيد النظر فيه باستمرار، تعديلاً واضافة وإلحاقاً وعزواً، نتيجة لاستمرار مطالعاته

الفقهية في مختلف المراجع وما يصادفه فيهـا مما لـه صلة بإحـدى القواعـد، كما سلفت الاشارة إليه.

لـذا لم يكن في الامكان تبييض هـذا الشرح بعـد تمـامـه في وقت مبكـر. وكنت أساعده في تجديد أوراق المسـودات عند الإلحـاق والتعديـل كلما أعاد النـظر، واستجد لـديه فيهـا شيء جديـد. ولكنها بقيت أوراقـاً متفرقـة معرضـة للاختـلاط والضيـاع. وكـان يلاحقني لجـردها وتبييضهـا بصورة نهائيـة تجعلها صـالحة للطبـع والنشر، ولكن كان يعوقني عن ذلك كثرة أعبائي العلمية والعملية والواجبات الوطنيـة أيام الاحتـلال الفـرنسي في سوريـة، وقيامي نيـابـةً عنـه بتـدريس دروسـه كلما احتـاج إلى اجـازة أو استراحة.

ثم رغب أحد طلابه أن يقتني نسخة كـاملة من الشرح، فـأعطاه والـدي أوراق المسودات على دفعات لينسخ عنهـا نسختين: واحـدة له وواحـدة لنا. وهكـذا وجدت لـدينا نسخـة كاملة مبيضـة. ولكن تبييضها لم يكن بصـورة فنيـة بـالتـرقيم والتـأشـير والفواصل والعناوين الفرعية الداخلية، والبدايـة بأوائـل السطور حيث ينبغي ذلـك؛ كـما أنها اشتملت عـلى كثير من أخـطاء النسـخ ومنهـا الفـاحش، مما يـوجب اعـادة تبييضها بصورة مصححة لائقة، وان كان التبييض السابق قد جمع شتاتها وضبطها.

ـ وبعـد وفاة والـدي رحمه الله، لمـا جئت للتـدريس في كليـة الحقـوق ثم كليـة الشريعة بجامعة دمشق، زادت أعبائي ومشاغـلي بانصـرافي الى تأليف سلسلتي الكتب الفقهيـة والقانـونية الـلازمة للطلاب، فبقي شـرح والدي عـلى هذه القـواعـد الكليـة راقداً.

وفي الستينيات وجدت الفرصة المناسبة لدى أحد طلابنا النجبـاء المتخرجـين هو الأستاذ عبد الستـار أبو غـدة، فكلفته وشـرع في تبييضه بـالصورة الـلائقة. وكـان في حسن فهمه لما ينسخ ضمان كاف لتصحيح أخطاء المبيضة السـابقة، ولتنفيـذ تعليماتي في الناحية الفنية، وكان يراجعني فيما يستشكل.

وقـد بـدأ تبييضــه في دمشق، وأنهاه معي في الكـويت حــين ذهبت الى هنـاك خبيراً للقيام على مشروع المـوسوعـة الفقهية. وقـد استغرق تبييضـه بضع سنـين. فله

الشكر، أحسن الله توفيقه[1].

وكان عليَّ أن أراجع هذا الشرح المهم مراجعة تحقيقية، وأخدمه بتعليق حواش عليه. ولكني كلما تقدم بي الزمن زادت أعبائي ومشاغلي المانعة. ولعل هذا يتاح لي في الطبعة الثانية ان شاء الله.

والآن وقد سنحت الفرصة، وأنا في كلية الشريعة بالجامعة الأردنية في عمّان، لبعثه من مرقده، أقدمه للنشر خدمةً للفقه الإسلامي الخالد، وتحقيقاً لحلم والدي وأمنيته، ولو بعد وفاته ، رحمه الله، بأمد طويل، و«لكل أجلٍ كتاب».

والله سبحانه وتعالى أرجو أن يكتبه لوالدي ولي في صالح الأعمال، ويثيبه بما هو أهله، ويثيبني تبعاً له، وهو خير مأمول.

والحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد نبي الهدى القائل: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين».

عمّان

مصطفى أحمد الزرقاء
ابن المؤلف

(1) الأستاذ عبد الستار أبو غدة قد أصبح بعدئذ دكتوراً في الشريعة من جامعة الأزهر بمصر، وهو الآن أحد الخبراء القائمين على متابعة مشروع الموسوعة الفقهية في وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية في دولة الكويت بعد أن وقف العمل فيه سنوات.



العلامة المحقق فقيه الشام أحمد بن محمد الزرقاء
ولد نحو سنة 1285 وتوفي سنة 1357

لمحة عن نشأته وحياته[1]:

هو الشيخ أحمد بن الشيخ محمد بن عثمان الزرقاء، ولد في مدينة حلب موطن أسرته حوالي سنة 1285 للهجرة.

وكان والده الشيخ محمد الزرقاء فقيهاً إماماً من أئمة الفقه الحنفي في عصره، وإليه انتهت الكلمة في المذهب بين معاصريه، فكانوا إذا اختلفت آراؤهم في الفتوى أو في مسألة من مسائل الفقه العويصة، رجعوا إليه فسألوه، فإذا أبدى رأيه أقرُّوا به جميعاً وسَلَّموا له. وله ترجمة حافلة واسعة في كتاب «إعلام النبلاء بتاريخ حلب الشهباء» لشيخنا وأستاذنا العلامة المحدِّث المؤرِّخ محمد راغب الطباخ رحمه الله تعالى.

وكان الشيخ محمد الزرقاء فقيه النَّفْس والبدن، ممتَّعاً بمزايا علمية نادرة، وسجايا خُلُقية رفيعة، فاق بها أقرانه، فكان شيوخُ العلم يقصدون مجلسه ويحضرون

(1) استقيت طرفاً حسناً من هذه الترجمة من نجله العلامة الكبير فقيه العصر الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء حفظه الله تعالى وأمتع به، ومن معرفتي بالشيخ المترجم رحمه الله تعالى. (عبد الفتاح).

حلقاته ودروسه، ليقتبسوا من علمه وحصافته وذكائه الفريد وفطانته، فكان مجلسه دائماً: عامراً بالعلماء والمستفيدين من علماء المذهب بل من غيرهم أيضاً، لما يجدون في دروسه من حل المشكلات، وتذليل المعضلات، ونثر الفوائد التي قل أن توجد في السطور المكتوبة.

فنشأ الشيخ أحمد نجله في ظِلِّه، في هذا الجو العلمي الذي يقدح العزائم، ويُحرِّك الهمم، ويُلهبُ مَجامر القلوب بالتحصيل والعلم. فتلقَّى أوَّلَ الأمر: القرآن الكريم تلاوةً وتجويداً وحِفظاً، عن أضبط الحفاظ المقرئين في مدينة حلب العبد الصالح الشيخ محمد الحجار رحمه الله تعالى.

ولما فَرَغ من حفظ القرآن وتجويده، توجَّه إلى تلقي العلم عن المشايخ المقرئين في المدارس الوَقْفِيَّة الكثيرة المنتشرةِ في مدينة حلب، وفي المساجد التي كانت تُعقَدُ فيها حلقاتُ العلوم الشرعية والعربية تدريساً وتعليماً للطلبة والمستفيدين.

وكان الشيخ أحمد يتتبع هذه الدروس العامرة في المساجد والمدارس، بنَهَم عِلمي شديد، ونَفْسٍ زَكيَّة عطشَى، ويتلقى علوم الشريعة والعربية ويقرأ كتبها على أساتذتها المشهورين، وكان في القوم بقيةٌ باقيةٌ من الأفذاذ العلماء النبغاء في كل علم، فأَخَذ عنهم ودَرَس عليهم: التفسيرَ والحديث والفقه والأصول والنحو وعلومَ العربية والأدبَ والتاريخَ والمنطق...

وكان ذا فطنة وذكاء مشهود، ففاق أقرانه بسرعة عجيبة، واستوى له الفهم والعلم، وتمكَّن في سِنٍّ مبكرة أن يحضر حلقاتِ والده التي كانت فوق مستواه العُمُري، وكان لا يحضرها إلا الطبقة العليا الكبارُ من ذوي العلم، فانتقل إلى الحضور مع هذه الطبقة العليا، وتلقَّى عن والده الشيخ محمد الزرقاء.

ولم تمضِ مدة يسيرة على هذا الدارسِ الناشىء النابه بين تلك الطبقة المتقدمة، حتى ظهر استعدادُه الذهني البارِق، وتفوُّقُه العلمي الباهر، في الفهم والفقه، على كثير من تلامذة والده الذين أمضوا في ملازمته السنين الطِوالَ قبلَه، فكان على صِغَر سنه فيهم، يُعَدُّ من أوائلهم وأكابرهم في حسن التحصيل والتلقي من الشيخ الكبير الوالد فقيه العصر.

وبارك الله له في عمر والده رحمه الله تعالى، فاستمرَّ حضورُه لدروسه ومجالسه قُرابَةَ ثُلُثِ قَرْن أكثَرَ من ثلاثين سنة، حتى ارتوى من علومه، وتضلَّع من معارفه وفُهُومه، وأَخَذ عنه الفقه الحنفي وأصول الفقه والحديث والتفسير وغيرَها، مما كان يجري سلسبيله على لسان الشيخ في مجالسه وحلقات دروسه، التي كان الشيخ يقوم بها كل يوم في المدرسة الشعبانية وفي جامع آل الأميري (جامع الخير) وفي المسجد الجامع الكبير بمدينة حلب، ثم في بيته لَمّا كَبِرَتْ سِنُّ الشيخ، واقتصر على التدريس في بيته يحضر إليه الطلبة والعلماء.

وكان علم الفقه أكثر ما تلقَّاه عنه، وكانت الدراسة على الشيوخ في مدارسهم أو مساجدهم أو بيوتهم بحسب الحال، ولم تكن هناك مدارس أو معاهد نظامية، تُتلقَّى فيها العلومُ الشرعية على وجهٍ نظامي يخضع له الجميع، بل كان يَدْرُس الطالب ما يختار، ويجلس إلى من يشاء من العلماء بعد استئذانه أو ما يُشعر بإذنه.

وكان الشيخ أحمد يصحب والده العالم الكبير في غُدوِّه ورواحه، ويلازمه في ذهابه وإيابه إلى مجالسه ودروسه فيها ملازمة الظل للشاخص، فنَهَل منه وعَلَّ وأَوعَبَ واستوعب، مع اكتمال المدارك، وتفتح الذهن العلمي الوقَّاد، فملأ وفاضَهُ من بحر الشيخ الطامي، وغدا من الفقهاء العلماء المرموقين في حياة والده رحمه الله تعالى.

وكان يستقي العلم من والده مشافهةً ودراسة ومصاحبة، فقرأ عليه جملةً كبيرة من كتب الفقه الحنفي، وكان مما قرأه عليه قراءةَ تمحيص وتحقيق كتاب «رَدّ المحتار على الدر المختار» لإمام عصره الفقيه السيد ابن عابدين، وهو المعروف بحاشية الشيخ ابن عابدين.

وهذا الكتاب هو أجمع كتاب في الفقه الحنفي من كتب الفتوى والترجيح، في خمسة مجلدات ضخام كبار جداً، ويعتبر لدى علماء المذهب (مُنْخُلَ المذهب فيما عليه الفتوى)، ولا يكاد يقول على فتوى في الفقه الحنفي دون الرجوع إلى هذا الكتاب.

فقرأه على والده كَمَلاً من أوله إلى آخره، ودَرَسه دراسة تحقيق وتدقيق ومناقشة وترجيح، أكثَرَ من مرتين، خلالَ عشرين عاماً، مع قراءته عليه في التفسير والحديث

والأصول أيضاً، وكان هذا الكتاب ـ وما يزال ـ أهمَّ كتب الفتوى، التي انحصر جُهدُ الفقهاء المتأخرين على قراءتها، دون كتب الاستدلالِ والتعليل، لتقاصرِ الهِمَم، وفتور العزائم، والإعراضِ عن الفقه الأوَّل.

ومما قرأه على والده أيضاً في الفقه الحنفي: الكتابُ الاستدلالي النافع العظيم: «تبيين الحقائق على كنز الدقائق» للإمام الفقيه الضليع البارع فخر الدين علي بن عثمان الزيلعي، الذي أورد كل مسألة من مسائل الفقه الحنفي، مشفوعةً بالدليل والتعليل والمناقشةِ للرأي المخالِفِ فيها، فكان كتابَ تفقيه بحق وواقع، فقرأه على والده أيضاً بكماله من أوله إلى آخره، وهو في ستة مجلدات كبار.

ومما قرأه على والده أيضاً: الكتابُ الذي تطابَقَ اسمُهُ ومسمَّاه، فكان حقاً كما قال مؤلِّفه وسمَّاه: «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» لإمام عصره وفقيه دهره العلامة الكاساني ثم الحلبي. وهو الكتاب الذي تميز عن سائر كتب فقه المذهب الحنفي، بحسن التنظيم والترتيب، مع الاستدلال والتعليل، وسلاسة العبارة، وأدب النقاش، واستيفاء الدليل من المنقول والمعقول، وهو في سبعة مجلدات كبار، قرأ عليه جُلَّ هذا الكتاب قراءة تمحيص وتفقه وارتواء.

وهذان الكتابان: «تبيين الحقائق» للزيلعي و«بدائع الصنائع» للكاساني يُفقِّهان قارئهما إلزاماً إذا توجَّه إليهما، فكيف إذا كانت لديه المواهبُ العالية، والنفسُ المطمئنةُ بالفقه وقواعده وأصوله وشوارده، فحدِّثْ عن انتفاعِهِ بهما وبمن يُقرآنِ عليه ولا حَرَج.

ومما قرأه على والده أيضاً: كتاب «الأشباه والنظائر» للعلامة الإمام زين الدين ابن نجيم فقيه القرن العاشر، وصاحب كتاب: «البحر الرائق شرح كنز الدقائق».

وكتابُهُ: «الأشباه والنظائر» هذا من أجلِّ الكتب المؤلفة في بابه لدى السادة الحنفية، في تأصيل القواعد وتخريج الفروع عليها، وإبانةِ ما يدخل فيها وما يَخرج عنها، وهو من أحسن كتب التفقيه للمتمكنين في العلم والتحصيل، إذ يُولِّد في ذهن المتفقه: التأصيلَ والتعليل، فقراءته مُثمرة للمتفقه المتأهل أفضلَ الثمرات.

وإنما شرحتُ بعضَ ما قرأه على والده دون غيره من الشيوخ الكثيرين الذين

أَخَذ عنهم واستفاد منهم، وفيهم النَّبَغَة الكَمَلة، لأنه كان معروفاً أنه لا يَقرأ على الشيخ محمد الزرقاء إلا أفذاذ العلماء النبهاء، فالقراءةُ عليه كانت بمثابة الشهادة العلمية العليا بالعلم لمن يَقرأ عليه، ويرتاد حلقته، ويقتبس من فيض معارفه وعلومه.

نهوضه بالتعليم والتدريس:

ولما بلغ والدُ الشيخ أحمد: (الشيخُ محمد) سِنَّ الشيخوخة، وجاوز الخامسة والسبعين من العمر، اعتزل التدريس لكبر سنه، ولضعفِ الشيخوخة الذي ما عاد يَتمكَّن معه من الاستمرار على ما كان عليه من الجَوَلانِ العلمي الرفيع، الذي تميزت به دروسُه ومجالسه.

فتوجَّهَتْ الأنظار إلى نجله الشيخ أحمد، ليقوم مقام والده، ويملأ الفراغ الكبير الذي كان، بسبب تخلِّي والده عن التدريس، فأُسنِدت إليه وظائف والده في المدرسة الشعبانية، وفي جامع آل الأميري (جامع الخير)، وفي الجامع الكبير، والتفَّ عليه فريق من تلاميذ والده القدماء المتفقهين، الذين شاهدوا فيه التقدم والنبوغ والضلاعة من الفقه، ولازموا دروسه مع آخرين من الطلاب الجُدُد، فنهض بالأمانة على الوجه الأكمل، وتلقَّى راية العلم باليمين، وقاد الأفواجَ التي كانت تؤم والده، فحلَّ محلَّ والده في نشر العلم والفقه على أحسن وجه.

وكان إلى جا نب فقاهة النفس التي أكرمه الله بها، والحصيلة العلمية الفقهية الثرَّة التي اكتنزها من والده: كثير المطالعة في أمهات كتب الفقه مطبوعها ومخطوطها، وما كانت مطالعته لها تلهياً أو تسليةً بها، وإنما كان يقرأها كالمطالب بنقدِها وهضمها وتقديم الاختبار منها، كما عَهِدَ ذلك من والده.

وكان له وَلَعٌ شديد بتحقيق الأحكام، والوصولِ فيها إلى الغاية تمحيصاً واستدلالاً وتعليلاً، مع التوجه الدائم إلى معرفة الفروق الفقهية بين المسائل المتشابهة في الظاهر وأحكامُها مختلفة. وكان له دِقَّةُ نظر بالغة في توجيه تلك الفروق، شَهِد له بها أكابرُ المُحصِّلين، من الشيوخ والطلبة، وكان له غرام فريد في تخريج الفروع والمسائل، وتنزيل الحوادث على الأصول والقواعد الفقهية.

وكان يَبسُط هذا كلَّه في دروسه وحلقاته العلمية بين يدي الطلبة، ليفقههم وتستنير ملكاتُهم العلمية به، فتغدو لهم ملكة فقهية متأصلة في نفوسهم، تُسعفهم في كل باب من أبواب الفقه، وكان يحب منهم المناقشة الهادفة، لأنه كما قال الخليفة المأمون العباسي: العلمُ على المناقشة أثبَتُ منه على المُتَابَعَة. وكان جَمَّ التواضع للطلبة، يعلمهم الفقه تدريساً، وآداب العلم والعلماء مجالسةً ومحاورةً وتحديثاً.

وكان لديه خبرة فائقة في كتابة الصكوك العَقْدية، دقيقاً في توثيقها وتمتينها، واستيفاء شرائطها، حتى لا يُرَى فيها خَلَل يُنفَذُ منه إلى إبطالها، بصيراً بنقد الأقضية التي تصدر عن المحاكم، فكان مرجعاً للقضاة والمحامين وذوي القضايا الشرعية، وقد اقتبَس هذا من والده، الذي كان فريداً في هذا الباب.

وبعد الحرب العالمية الأولى، والاحتلال الفرنسي للبلاد السورية بنحو سَنَتين، أَنشأت مديرية الأوقاف الإسلامية بحلب، أوَّلَ مدرسة شرعية نظامية، في بناءِ مدرسةٍ وقفية كبرى، هي المدرسة الخُسْرُويَّة[1]، التي أخرجت أجيالاً تِلْوَ أجيال من طلبة العلم الذين غدوا بعد ذلك من كبار علماء البلاد السورية، فعُيِّن الشيخ فيها أستاذاً لتدريس الفقه الحنفي في صفوفها العالية.

ودرَّس في هذه المدرسة الكبرى النظامية جملةً من كتب الفقه المعتبرة، وكان من جملة ما قام بتدريسه فيها (القواعد الفقهية الكلية)، التي صُدِّرت بها «مجلة الأحكام العدلية»، وهي 99 قاعدة. وكان الشيخ ابنَ بَجْدة هذه المادة كما سَبَقَتْ الإشارة إليه.

ولما رأى إقبالَ الطلبة على هذه المادة، وتزايُدَ تعلقهم بها، رأى من المناسب أن يشرح تلك القواعد شرحاً يزيدها وضوحاً وتمكيناً وتطبيقاً في نفوس الطلاب، وقد درَّسها خلال سنوات طويلة نحو عشرين سنة، فشرحها شرحاً يُعَدُّ أفضلَ الشروح التي كُتبت عليها حتى الآن، وسيأتي الحديث عنه في الكلام على آثاره العلمية قريباً.

تنوع معارفه وعلومه:

وكان الشيخ إلى جانب ضلاعته من الفقه، وتمكُّنه منه، وتبريزه فيه، له وَلَعٌ شديد بالأدب القديم، وتعمُّق في اللغة العربية وآدابها، كثيرَ المطالعة في كتبها في

(1) نسبة إلى (خُسْرُو باشا) أحدِ رجالات العهد التركي العثماني، الذي أنشأها ووقفها رحمه الله تعالى. وهي في مواجهة باب قلعة حلب.

المصادر الأولى، ذَوَّاقةً للشعر الأصيل، راويةً له، حَفَّاظاً للأخبار ونوادر الأدب كأنها مادَّتُه العلمية التي يُدَرِّسها ويُعلّمها كلَّ يوم.

وكانت عادته في قراءة كتب الأدب والتاريخ والأخبار وغيرها، كعادته في كتب الفقه تماماً، يدقق فيها، ويُقوِّمُ نصوصها، ويُعلِّقُ على حواشيها، وينبِّه على ما وقع فيها من أخطاء مطبعية، ويعتني بها اقتِناءً ومتابعةً، كأن الأدب وهذه العلوم اختصاصُه الوحيد.

وكان أشدَّ ما يكون ولعاً بكتاب «الأغاني» لأبي الفرج الأصبهاني، وكتاب الحيوان، وكتاب البخلاء، والبيان والتبيين للجاحظ، ومقامات الحريري وشروحها، ومقامات بديع الزمان الهمذاني ورسائله، واللزوميات لأبي العلاء المَعَرِّي، ومعجم البلدان لياقوت الحموي، لكثرةِ ما فيه من الأخبار الأدبية والطرائف الشعرية، ونوادر الوقائع النفيسة للعلماء. ومع هذا الاطلاع الواسع على الأدب وتاريخه وعلومه، ومع رهافة الذوق الأدبي عنده، وكثرةِ محفوظه من الشعر الأصيل وروايته له، لم يكن يَقرِضُ الشعر، ولا عُرِفَ عنه أنه مارَسَ نظمه.

وكان مما أعانه على سعة اطلاعه في الفقه وتبحره فيه، وعلى ارتوائه من علوم الأدب والعربية: ما كان لديه من مكتبة كبيرة عامرة، جَمَعت نوادر المطبوعات القديمة والحديثة في تلك العلوم، كما جَمَعت نحوَ ألفِ كتاب مخطوط، من نفائس الكتب والخطوط المشهورة المعتبرة بيد مؤلِّفيها أو غيرِهم من أكابر العلماء المتقنين، في مختلِفِ الفنون والعلوم، تجمَّعت لديه على آمادٍ متطاولة، وانتخبها انتخابَ العالم البصير، إذ كان في مطلع شبابه يُتاجرُ بالمخطوطات، ويجلبها من جهات متعددة، فكان ينتقي منها النفائسَ انتقاءَ العارف الخبير، ويستبقيها لنفسه وخزانته، وقلما يُدخِلُ فيها مخطوطاً دون أن يستوفيه قراءةً أو يُلمَّ بمعظم ما فيه.

وغدَتْ لهذه المكتبة الخطية التي عنده شهرةٌ واسعةُ النطاق، لدى رُغَّاب الكتب المخطوطة من عرب وأجانب، وكان بسببها له صلة وثيقة دائمة مع العلامة أحمد تيمور باشا رحمه الله تعالى في مصر، وسافر إليه مرات، وتعامل معه.

ولما شاع أمرُ هذه المكتبة الخطية، وكان للسفارات والقنصليات الأجنبية في كل بلد إسلامي سَعْيٌ تامٌّ لجمع المخطوطات الإسلامية منها بأي ثمن يُطلَب، توارَدَ عليه

طلبُ بيعها من أولئك الأجانب وسماسرة المستشرقين والمكتبات الأجنبية، نظراً لما عُرِف عنه من جودة الانتقاء، وخبرتِه بخُطوط العلماء، وانتخابِ النفائس النادرة، وبذلوا له فيها الأثمان المُغْرِية، ولكنه كان يرفض بيعها لمن يُخرجها إلى بلاد أجنبية، رغم حاجته إلى ثمنها.

ثم خشي عليها من الطوارىء والحَدَثان، لعدم قدرته على صيانتها وحمايتها بصورة مأمونة فنية، وهي عزيزة غالية على قلبه كأحد أولاده، وأخيراً رأى بيعَها لمكتبة الإسكندرية العامة في مصر، بوساطة السيد أمين الخانجي الكتبي المعروف، بثمنٍ أقلَّ جداً مما دفعه له فيها عملاءُ الجهات الأجنبية.

وكان بعد ذلك كلما ذكرها أو ذكَر بعضَ النفائس التي كانت فيها، وتكحَّلتْ عينُه بمطالعتها وجميلِ خطوطها، يتمثل بقول الشاعر أبي الحسن الفالي ـ بالفاء ذات النقطة الواحدة ـ لمَّا باع نسخته من كتاب «جمهرة اللغة» لابن دُرَيد، وكتب عليها من أبيات:

أنِستُ بها عشرين عاماً وبعتُها	وقد طال وَجْدي بعدَها وحنيني!
وما كان ظني أنني سأبيعُها	ولو خلَّدتني في السجون ديوني!
وقد تُخرِجُ الحاجاتُ يا أمَّ مالكٍ	كرائم من رَبٍّ بهنَّ ضنينِ!

حِلْيته وأخلاقه وتأريخ وفاته:

كان رجلاً طويلاً وسيماً أبيض اللون مَهِيباً، لَبَّاساً نظيفاً كنظافة الملوك، جميلَ الطلعة، منوَّرَ الشيبة، وقوراً في مِشيته ومجلسه وحديثه، لا تَشبعُ العينُ منه رؤيةً ونظراً، يتحلَّى بإباء وشَمَم ورجولة كاملة، وحَصَافَةٍ وافرة، إذا دعت الحاجة إلى الوقوف في وجه باطل أو مبطل، كان موقفه أثبتَ من الجبل الراسي في نصرة الحق ودفع مُعاديهِ.

وكان إلى هذه الشكيمة القوية: ليِّنَ الجانب لطلبة العلم بخاصة والناسِ بعامة، بعيداً عن التكلف، محبًّا للبساطة، سخياً سمحاً، حافظاً للصداقاتِ وحُقوقِها، وكانت مَجالسهُ تُعلِّمُ الفقهَ أولاً، والأدبَ ثانياً، أَدَبَ الخطاب وأدَبَ النقاش، وأدَبَ المَجالس الخاصَّة والعامة، وكانت تدور فيها الفوائد العلمية من كل جانب والنكت المفيدة اللطيفة.

ولم يـزل منهـلاً عـذبـاً يَستقي منه المستفيـدون، ويستفتيـه السـائلون والمراجعون، ويُقصَد في حل معضِلات المسائل العلمية، من الجهات البعيدة والقريبة، حتى وافاه الأجل في مدينة حلب، وانتقل إلى جوار الله تعالى في صيف سنة 1357 رحمه الله تعالى، واسبغ عليه الرحمة والرضوان، وكانت الفاجعة به كبيرة، والأسفُ عليه شديداً، واللوعةُ به عامة، والفراغُ بفقده واسعاً، والثناءُ عليه طيباً وكثيراً

فـمَضـى وقــد أبقَـى مـآثـرَهُ ومن الـرجـالِ مَعَمَّـرَ الـذِكـرِ

تلامذته وآثاره:

كانت جهوده رحمه الله تعالى متوجهةً إلى التعليم والتفقيه، أكثَرَ منها إلى التدوين والتأليف، فكان وقته مملوءاً بإفادة الطلبة، وتحقيق المسائل العويصة، وإلقاء الدورس ونشر العلم في الناس، فكان درسُه في الجامع الكبير بحلب خاصَّةً: مقصوداً للعامة والخاصة على السـواء، يَحضره الجم الغفـير منهم، ويتلقون منه الفقه والعلم، والتعريفَ التام بالحـلال والحرام من العبـادات والمعاملات بفهم وبصيرة.

وقلَّ أن يَجنح بهم في دروسه إلى جانب الوعظ والتخويف، فإنه كان يرى الفقه في الدين مقدَّماً على ما سواه من الوعظ والتذكير، وأنَّ حاجة الناس إلى معرفة الحلال والحرام أكثَرُ من حاجتهم إلى الخبز، فتفقَّهَ به من العامة أعدادٌ كثيرة، من مدينة حلب وغيرها، كانوا يقصدون حضور دروسه.

أما الذين تفقهوا به من الخاصة، فهم كثيرون جداً يبلغون المئات، وقد بقي أكثر من ثلاثين سنة يُدرِّسُ أفواجَ كبار الطلبة، ويتخرجون به ويتفقهون عليه، وظهر منهم فقهاء أفذاذ، يعتبر بعضهم من كبار فقهاء هذا العصر اللامعين.

ويحضرني منهم ـ وفي مقدمتهم ـ نجلُهُ العلاّمة الأديب الأريب شيخنا فقيه العصر البارع الضليع الشيخ مصطفى الزرقاء، ذو المؤلفات البديعة، والآثار العلمية الرفيعة، وهو أشهر من أن يُعرَّفَ به، ولو لم ينجب الشيخُ غيرَ هذا الفقيه لكفاه فخراً وذكراً.

ومنهم: العلاّمة الدكتور معروف الدواليبي: والعلاّمة الشيخ محمد الحامد

الحموي، وشيخنا العلاّمة الفقيه الكبير الشيخ محمد الرشيد، وأستاذنا الفقيه الورع الشيخ محمد السَّلْقِيني، وأستاذنا الفقيه الشيح محمد نجيب خياطة شيخ القرَّاء بحلب، وأخوه الطبيب الفقيه الصالح الدكتور عمر خياطة، والفقيه الشافعي الحنفي العلاّمة الشيخ محمد ناجي أبو صالح، وكان هو وغيره الكثيرون من فقهاء السادة الشافعية، يحضرون دروس الشيخ في الفقه الحنفي، لما كان يتمتع به من المزايا العلمية والذاتية.

ومن تلامذته أيضاً: الفقيه الضابط المتقن الشيخ محمد الملاح، وشيخنا الأستاذ محمد الحكيم مفتي حلب رحمه الله، والشيخ عبد الوهاب سكر، والأستاذ عمر بهاء الدين الأميري الشاعر المعروف، والشيخ بكري رجب، وجميل الحبَّال، وعبد الوهاب السباعي، وصبحي طَبَنْجَات، وسعيد مسعود مفتي قضاء الباب، ومصطفى نجيب فارة، والأستاذ عبد القادر السبسبي المحامي المعروف، والشيخ أحمد معوَّد، وعمر مكناس أمين الفتوى بحلب الآن، وإبراهيم الهلالي، والشيخ عبد الله خير الله مفتي قضاء جبل سمعان، وعمر البُوشي، وجمعة أبو زلام، وعبد الله الريحاوي، وكامل بدر الحُسَيني، وغيرهم وغيرهم من النجباء الكرام، ممن غابوا عن الذاكرة الآن، رحم الله السابقين منهم إلى جواره، وأطال أعمار الباقين منهم في عافية وسرور، وجَزَى الجميعَ عن الدين والعلم خيراً.

وقلَّ حَظُّ كاتب هذه السطور فلم يَفُز بالتلمذة عليه، والجَثْوَةِ بين يديه، في دروسه وحلقاته، لوفاته رحمه الله تعالى في سنة ارتقائي إلى مستوى دروسه العالية، وإنما كان لي منه قَبَسات عَطِرة، وفوائدُ منتثرة سمعتها منه ما تزال بشذاها باقية الأثر:

فهذا الشَّذَا آثارُ صُحبتِهِ، معي، ولستُ بوَرْدٍ إنما أنا تُرْبُهُ

هذه نبذة يسيرة من آثاره العلمية في طلابه وتلاميذه الآخذين عنه، أما آثاره القلمية، فهي أثر وحيد فريد، وهو «شرح قواعد مجلة الأحكام العدلية»، الذي سَبقت الإشارة إليه بإيجاز، وهنا أوسِعُ الكلام عنه بعض الشيء، إذ هو بين يدي القارىء.

قد أسلفتُ أن الشيخ كان أستاذ مادة (القواعد الفقهية)، وأنه درَّسها نحو عشرين سنة، وألَّف هذا الكتاب في ظلِّ تدريس تلك القواعد المئة، التي صُدِّرَتْ بها «مجلة الأحكام العدلية»، فيمكن أن يقال في هذا الكتاب: إن الشيخ ألَّفه في نحو عشرين سنة، فقد كان يتعهده دائماً بالإضافة والتحرير والتنظيم والتحقيق حتى غَدَا لُبَاباً كلُّه، وصار عنده بمنزلة ولدٍ من أولاده.

وقديماً قالوا في شأن التحذير من نَقْدِ الكتب: (خَفْ من صاحب الكتاب الواحد). وذلك لأنه يَتفرَّغُ له ويُمحِّصُه ويُشنِّبُه ويُنقِّحُه، ويُكرِّرُ النظر فيه، فَتَقِلُّ فَجَواتُه، وتَنْدُرُ فَرَطَاتُه، وتزدادُ مَتَانَتُهُ وحَسَناتُه، وكان «شرح القواعد» هذا، هو الكتاب الواحِدَ لهذا الجهبذ الفقيه النقَّاد.

ولذا جاء فريداً في مضمونه، متميزاً بمزايا لا توجد في غيره من شروح «قواعد المجلة» التي قام بها أفذاذ قبله، مشهودٌ لهم بالعلم والفقه والتحقيق، مثل العلامة الفقيه الشيخ علي حيدر (التركي)، والعلامة الفقيه الشيخ خالد الأتاسي مفتي حمص من بلاد الشام، والأستاذ الفقيه البارع سليم الباز المسيحي اللبناني، وغيرُهم.

وقد كان الشيخ رحمه الله تعالى متأخراً عن هؤلاء الأفذاذ الفقهاء في الزمن وجوداً، ومُطَّلعاً على شروحهم وتحقيقاتهم، وكان يُدرِّس هذه القواعد السنين الطوال لنبغاء الطلبة، وكان كثير المطالعةِ والحِراثةِ في مطوَّلات كتب الفقه للمتقدمين والمتأخرين، من مخطوطات الكتب ومطبوعاتها، فكان كلما مرَّ به فرع فقهي يتصل بإحدى هذه القواعد يُلحِقُه بها، ويُنزله منزلَتَه منها، إمَّا تفريعاً عليها، وإما إيضاحاً لصيغتِها، أو تقييداً لمدلولها، وإما استثناءً منها. . .

فجاء شرحُه هذا نَسِيجَ وحدِه، لما فيه من التأصيل والتفريع في كل باب، ولجمعه فروع القاعدة وشواذَّها ومُطَّرِدَها من أبوابها وغيرِ أبوابها، من مواضع لا يُظَنُّ بحالٍ اتصالُ القاعدة بها، ولكن الشيخ لدَأْبِه الدائم في المطالعة، ولاستمراره في التمحيص والتحقيق، ولثاقب نظره الدقيق، كان يَلْمَحُ تلك الشواهد ويهتدي إليها ويَقتَنِصُها في مطالعاته، ويُقيِّدُها في شرح

القاعدة الكلية التي تنضوي تحتها، فتمَّ له شرحٌ جليل فريد، يقع في النسخة المخطوطة في ٨٠٠ صفحة.

وإنَّ من يَدْرسُ هذا الشرح بتفهم واستيعاب وأهلية، تتكوَّنُ لديه ملكةٌ فقهية راسخة، لا يمكن أن يَحصُل عليها من طريق قراءة الكتب الفقهية، إلا مع العمر الطويل والمعاناة الدائمة لخوض المشكلات والعويصات من المسائل.

وقد أذن الله بالفضل العظيم، فخرج هذا الشرح الحبيسُ بعد أكثر من أربعين سنة، مطبوعاً إلى أيدي العلماء والفقهاء والمستفيدين، يُجدِّدُ ذكرى هذا العالم الفحل الفقيه، ويستدعي الترحمَ عليه، واستمرار الأجر والثواب إليه، فجزى الله الخيرَ كلَّ الخير لمؤلفه مصطفى الزرقاء ولنجله العلامة ولناشره وللمشاركِ في خدمته وإخراجه للناس، وستزدان به المكتبة الفقهية ويُثريها، وينزل منزلته الرفيعة بين أسفارها، ويَحمدُه القارئون والدارسون بفضل الله وعونه.

وكتبه
عبد الفتاح أبو غُدَّة

في الرياض ٧ من رمضان المبارك ١٤٠٣.


شرح القواعد الفقهية





تأليف:

الشيخ أحمد الزرقاء

قدم له:

نجله: مصطفى أحمد الزرقاء — عبد الفتاح أبو غدة

نسقه وراجعه وصححه

د. عبد الستار أبو غدة



الطبعة الأولى
1403 هـ = 1983 م

القاعدة الأولى (المادة/ 2)

« الأمور بمقاصدها »

اولاً) ـ الشرح

الأمور جمع أمر ، وهو : لفظ عام للأفعال والأقوال كلها ، ومنه قوله تعالى : (إليه يرجع الأمر كله)، (قل إن الأمر كله لله)، (وما أمر فرعون برشيد) أي ما هو عليه من قول أو فعل. (رَ: مفردات الراغب).

ثم إن الكلام على تقدير مقتضى ، أي : أحكام الأمور بمقاصدها ، لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها ، ولـذا فسرت المجلـة القاعـدة بقولها : « يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر » .

أصل هذه القاعدة فيما يظهر قولهﷺ (إنما الأعمال بالنيات) .

ثانياً) ـ التطبيق

إن هذه القاعدة تجري في كثير من الأبواب الفقهية مثل : (1) المعاوضات والتمليكات المالية . (2) والإبراء. (3) وتجـري في الـوكالات . (4) وإحـراز المباحات . (5) والضمانات والأمانات . (6) والعقوبات .

1) ـ **أما المعاوضات والتمليكات المالية** : فكالبيع والشراء والإجارة والصلح والهبة ، فإنها كلها عند إطلاقها ـ أي إذا لم يقترن بها ما يقصد به إخراجها عن إفادة ما وضعت له ـ تفيد حكمها ، وهو الأثر المترتب عليها من التمليك والتملك .

لكن إذا اقترن بها ما يخرجها عن إفادة هذا الحكم ، وذلك كإرادة النكاح بها وكالهزل والاستهزاء والمواضعة والتلجئة ، فإنه يسلبها إفادة حكمها المذكور ، فإنه إذا أريد بها النكاح كانت نكاحاً .

ولكن يشترط في الإجارة والصلح أن تكون المرأة بدلاً ليكون نكاحاً ، فلو كانت في الإجارة معقوداً عليها لا تكون نكاحاً ، وفي الصلح لو كانت مصالحاً عنها بأن ادعى عليها النكاح فأنكرت ثم صالحت المدعي على مال دفعته له ليكف صح وكان خُلْعاً . (رَ : الدرر وحاشيته ، من كتاب النكاح ومن كتاب الصلح) .

وكذلك لو باع إنسان أو شرى وهو هازل ، فإنه لا يترتب على عقده تمليك ولا تملك .

2) ـ **وأما الإبراء:** فكما لو قال الطالب للكفيل ، أو قال المُحَال للمحتال عليه : برئتَ من المال الذي كفلت به ، أو المال الذي أحلت به عليك ، أو قال : برئتَ إلي منه ، وكان الطالب أو المحال حاضراً ، فإنه يرجع إليه في البيان لما قصده من هذا اللفظ ، فإن كان قصد براءة القبض والاستيفاء منه كان للكفيل أن يرجع على المكفول عنه لو الكفالة بالأمر ، وكان للمحال عليه أن يرجع على المحيل لو لم يكن للمحيل دين عليه . وإن كان قصد من ذلك براءة الإسقاط فلا رجوع لواحد منهما .

أما إذا كان الطالب أو المحال غير حاضر ففي (برئتَ إلي) لانزاع في أنه يحمل على براءة الاستيفاء ، وكذلك في برئت ، عند أبي يوسف فإنه جعله كالأول ، وهو المرجح (رَ : تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار ، كتاب الكفالة ، بحث كفالة المال) .

3) ـ **وأما الوكالات فمنها:** ما لو وكل إنسان غيره بشراء فرس معين أو نحوه فاشترى الوكيل فرساً ففيه تفصيل : إن كان نوى شراءه للموكل أو أضاف العقد إلى دراهم الموكل يقع الشراء للموكل ، وإن نوى الشراء لنفسه أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه يقع الشراء لنفسه . وكذا لو اضاف العقد إلى دراهم مطلقة فإنه إذا نوى بها دراهم الموكل يقع الشراء للموكل وإن نوى بها دراهم نفسه يقع لنفسه ، وإن تكاذبا في النية يحكم النقد فيحكم بالفرس لمن وقع نقد الثمن من ماله ، لأن في النقد من أحد المالين دلالة ظاهرة على أنه أريد الشراء لصاحبه (والمسألة مبسوطة في فصل الوكالة بالشراء من الهداية) .

4) ـ **وأما الإحرازات**، وهي: استملاك الأشياء المباحة ، فإن النية والقصد شرط في إفادتها الملك ، فلو وضع إنسان وعاء في مكان فاجتمع فيه ماء المطر ينظر : فإن كان وضعه خصيصاً لجمع الماء يكون ما اجتمع فيه ملكه ، وإن وضعه بغير هذا القصد فما اجتمع فيه لا يكون ملكه ، ولغيره حينئذٍ أن يتملكه بالأخذ ، لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلاّ بالقصد (رَ : رد المحتار ، كتاب البيوع ، متفرقات ، عند قول المتن : ولو فرخ طير أو باض ـ نقلاً عن البحر) .

وكذلك الصيد ، فلو وقع الصيد في شبكة إنسان أو حفرة من أرضه ينظر : فإن كان نشر الشبكة أو حفر الحفرة لأجل الاصطياد بها فإن الصيد ملكه وليس لأحد أن يأخذه ، وإن كان نشر الشبكة لتجفيفها مثلاً أو حفر الحفرة لا لأجل الاصطياد فإنه لا يملكه ، ولغيره أن يستملكه بالأخذ (رَ : المجلة ، مادة / 1303) .

5) ـ **وأما الضمانات والأمانات فمسائلها كثيرة :**

أ) ـ منها اللقطة ، فإن التقطها ملتقط بنية حفظها لمالكها كانت أمانة لا تضمن إلاّ بالتعدي ، وإن التقطها بنية أخذها لنفسه كان في حكم الغاصب فيضمن إذا تلفت في يده بأي صورة كان تلفها ، والقول للملتقط بيمينه في النية لو اختلفا فيها .

وكذا لو التقطها ثم ردها لمكانها ، فإن كان التقطها للتعريف لم يضمن بردها لمكانها سواء ردها قبل أن يذهب بها أو بعده وسواء خاف بإعادتها هلاكها أو لا ، وإن كان التقطها لنفسه لا يبرأ بإعادتها لمكانها ما لم يردها لمالكها (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، اوائل كتاب اللقطة ، نقلاً عن كافي الحاكم وعن نور العين عن الخانية) .

ب) ـ ومنها الوديعة ، فإن المودَعَ إذا استعملها ثم تركها بنية العود إلى استعمالها لا يبرأ عن ضمانها لأن تعديه باق ، وإن كان تركها بنية عدم العود إلى استعمالها يبرأ ولكن لا يصدق في ذلك إلا ببيّنة ، لأنه أقر بموجب الضمان ثم ادعى البراءة (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثالث والثلاثين ، صفحة / 144) .

وهذا إذا كان تعديه عليها بغير الحجز أو المنع عن المالك ، فإن كان بأحد هذين فإنه لا يبرأ عن الضمان إلاّ بالرد على المالك وإن أزال تعديه بالاعتراف بها

(رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثالث والثلاثين ، بحث ما يصـدق فيه المودَع ، صفحة / 145) .

وكذلك كل أمين من قبل المالك إذا تعدى ثم أزال التعدي بنيته أنه لا يعود إليه فإنه يبرأ عن الضمان ، فلو لم يكن مسلطاً من قبل المالك أصـلاً ، كما في مسألـة الملتقط الآتية عن جامع الفصولين بحثاً ، أو كان مسلطاً في مدة مؤقتة وانتهت ثم تعدى ثم أزال تعديه وعاد إلى الحفظ لا يبرأ . قال في جامع الفصولـين : لو كان مأموراً بحفظ شهر فمضى شهر ثم استعمل الوديعة ثم ترك الاستعمال وعاد إلى الحفظ لا يبرأ ، إذ عاد وأمر الحفظ غير قائم (رَ : الفصل الثالث والثلاثين منه ، بحـث ضمان المودع بالدفع ، صفحة / 145) .

ج) ـ ومن قبيل فرع الوديعة المذكور ما جاء في جامع الفصولين ، وكيل بالبيع لو خالف بأن استعمله أو دفع الثوب إلى قصار لقصره حتى صار ضامناً ، فلو عاد إلى الوفاق يبرأ كمودَع ، والوكالة باقية في بيعه . (رَ : الفصل الثالث والثلاثين منه ، بحث ضمان المأمور والدلال ، صفحة / 142 - 145 / ومثله في معين الحكام ، الباب السادس والأربعين ، فصل التسبب والدلالة) .

واستثنوا من الأمناء :(1) المستعير لأجل الانتفـاع (2)، والمستأجر ، (3) ومثلهما الأجير ، لو خالف ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثالث والثلاثين ، بحث إجارة الـدواب ، صفحـة 164) ـ فإنهما إذا تعـديا على العـين المستعارة أو المستأجرة ثم تركا التعدي بنية عدم العود إليه لا يبرآن عن الضمان إلاّ بالرد على المالك .

(4) ويزاد رابع لها (ذكره صاحب جامع الفصولين بحثـاً في الفصـل الثالـث والثلاثين منه حيث قال ـ بعد أن رمز لفتاوى القاضي ظهير وللواقعات ـ) : أخذ لقطة ثم ضاعت منه فوجدها في يد آخر فلا خصومة بينهما ، بخـلاف الوديعـة ، والفرق بينهما أن للثاني ولاية أخذ اللقطة كالأول بخلاف الوديعة . ثم قال عقبه : «أقول : دل هذا على أنه لو تعدى ثم أزال التعدي ثم هلكت يضمن ، لأن يده ليست بيد مالك لما مرّ من عدم الخصومة ، فبتعديه ظهر أنه غاصب فلا يبرأ إلاّ بما يبرأ به الغاصب» .

ولكن لم يظهر لي ما بحثه من أن الملتقط يضمن إذا هلكت بعد أن تعدى ثم

أزال التعدي ، بل ظهر لي خلافه وذلك أن الالتقاط بقصد الرد على المالك مندوب إليه عند عدم الخوف على اللقطة ، وواجب عند الخوف عليها ، وما ذلك إلاّ للإذن به من المالك دلالة ، والأذن من المالك دلالة ، كالأذن الصريح ، ينفي الضمان كما قالوا فيما لو ذبح الراعي البعير في المرعى بعد أن مرض مرضاً لا ترجى معه حياته فإنه لا يضمن ، لأن الإذن من المالك بذبحه والحالة هذه حاصل عادة .

فاذا كان الالتقاط للمالك كان الإذن للملتقط بوضع يده حاصلاً من المالك دلالة ، ولذا كان مندوباً إليه وواجباً شرعاً ، فتكون يده يداً مأذوناً فيها ، وإذا كانت مأذوناً فيها فهي يد نائبة عن يد المالك ، فإذا تعدى ثم أزال التعدي لا يبقى غاصباً بل تعود يد النيابة عن المالك فإذا هلكت بعد ذلك لا يضمن .

وما نقله عن فتاوى القاضي ظهير الدين والواقعات من نفس الخصومة بين الملتقط الأول والثاني ليس معللاً بأن يد الأول ليست يد المالك ، كما قال ، حتى ينتج المطلوب ، بل هو معلل كما ترى بأن للثاني ولاية الأخذ كالأول إذ أن أخذ الثاني ، كأخذ الأول ، مأذون فيه دلالة ، فتكون يده يد نيابة كذلك فلا يترجح الأول عليه ، على أنه نقل في الدر المختار في كتاب اللقطة ، عن السراج ، أن الصحيح أن الملتقط الأول له أن يخاصم الملتقط الثاني في اللقطة ويأخذها منه .

ويستفاد منه أن ذلك عام في كل أمين كانت يده ليست يد استحفاظ من المالك ، كوارث المودَع ومن ألقت الريح ثوباً في داره ونحوهما .

أما لو كان المستعير غير مستعير لينتفع بل ليرهن العين المعارة ، وهو المسمى بالمستعير للرهن ، فإن حكمه كسائر الأمناء ، فإذا تعدى على العين المعارة وهي في يده ، أي قبل أن يرهنها أو بعد ما افتكها ، ثم أزال التعدي يبرأ عن الضمان .

والفرق بين المستعير لعمل نفسه والمستأجر وبين المودَع ومن بمعناه كالمستعير للرهن ، أن المستعير المذكور أو المستأجر عامل لنفسه فكانت يده على العين يد نفسه لا يد مالكها ، فبعد إزالة التعدي والعود إلى الوفاق تبقى يده فلا يمكن أن يعتبر رداً على المالك لا حقيقة ولا حكماً ، بخلاف المودَع ومن بمعناه فإن يده على العين كيد مالكها فبالعود إلى الوفاق تظهر يد المالك فيصير راداً عليه حكماً فيبرأ عن الضمان (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، كتاب الوديعة ، وكتاب الرهن باب التصرف في الرهن والجناية عليه) .

تنبيه : أطلق في بعض الكتب ضمان المستعير والمستأجر فيما إذا تعديا ثم أزالا التعدي ، ولم يفصل بين ما إذا كانت انتهت الإعارة والإجارة أو لم تكن انتهت ، ونقل في الفصل الثاني والثلاثين من نور العين عن الهداية ترجيحه بعلامة الأصح .

وبعضهم فصل بين ما إذا كانت انتهت الإعارة والإجارة فلا يبرأ إلاّ بالرد على المالك ، وبين ما إذا كانت لم تنته فيبرأ بالعود ، ونقل أيضاً في نور العين عن الكافي ترجيحه بعلامة الأصح .

لكنه نقل في المحل المذكور ، قبل ذلك بأسطر ، أن القول بضمانها مطلقاً من غير تفصيل عليه الفتوى ، وكذلك حكى في الفصل الثالث والثلاثين من جامع الفصولين ، من بحث رد العارية وما يتعلق به ، أن الفتوى على أنه لا يبرأ بالعود إلى الوفاق .

6) ـ **وأما العقوبات فكالقصاص** : فإنه يتوقف على أن يقصد القاتل القتل ، لكن الآلة المفرقة للأجزاء تقام مقام قصد القتل ، لأن هذا القصد مما لا يوقف عليه ، ودليل الشيء في الأمور الباطنة يقام مقامه ، ويتوقف على أن يقصد قتل نفس المقتول لا غيره . فلو لم يقصد القتل أصلاً ، أو قصد القتل ولكن أراد غير المقتول فأصاب المقتول ، فإنه لا يقتص منه في شيء من ذلك بل تجب الدية ، سواء كان ما قصده مباحاً ، كما لو أراد قتل صيد أو إنسان مباح الدم فأصاب آخر محترم الدم ، أو كان ما قصده محظوراً ، كما لو أراد قتل شخص محترم الدم فأصاب آخر مثله .

ثالثاً) ـ المستثنى

تنبيه

إن هذه القاعدة لا تجري بين أمرين مباحين لا تختلف بالقصد صفتهما ، كما لو وقع الخلاف في كون البيع صدر هزلاً أو مواضعة مثلاً ، لأن اختلاف القصد بين الهزل والمواضعة لا يترتب عليه ثمرة ، إذ كل منهما لا يفيد تمليكاً ولا تملكاً .

بل تجري بين مباحين تختلف صفتهما بالقصد ، كما لو دار الأمر بين البيع المراد حكمه وبين بيع المواضعة ونحوه كما تقدم .

وتجري بين مباح ومحظور ، كما في فرع اللقطة المتقدم فإن التقاطها بنية حفظها

لمالكها مباح ، وبنية أخذها لنفسه محظور ، كما في مسألة المودع إذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعه فإن عدم العود إلى لبسه مطلوب والعود إليه محظور.

وبذلك يتضح أن ما قاله بعض شراح المجلة من أن القاعدة المذكورة لا تجري إلاّ في المباحات غير ظاهر .

* * *

القاعدة الثانية (المادة/ 3)

« العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني »

أولاً) ـ الشرح

[« العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني »] كما في الباب الموفي أربعين من معين الحكام ، لكن بلفظ في التصرفات بدل العقود ، وهو أعم من التعبير بالعقود ، فيشمل الدعاوى كما سيأتي عن أصول الكرخي . **«ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفاء»**.

هذه القاعدة بالنسبة للتي قبلها كالجزئي من الكلي ، فتلك عامة وهذه خاصة فتصلح أن تكون فرعاً منها .

والمراد بالمقاصد والمعاني : ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر كما سيأتي قريباً في انعقاد الكفالة بلفظ الحوالة ، وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة ، إذا اشترط فيها براءة المديون عن المطالبة ، أو عدم براءته .

وما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم ، فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود ، فقد صرح الفقهاء بأنه يحمل كلام كل إنسان على لغته وعرفه وإن خالفت لغة الشرع وعرفه (رَ : رد المحتار ، من الوقف عند الكلام على قولهم : وشرط الواقف كنص الشارع) .

ومن هذا القسم ما ذكروه من انعقاد بعض العقود بألفاظ غير الألفاظ الموضوعة لها مما يفيد معنى تلك العقود في العرف ، كانعقاد البيع والشراء بلفظ الأخذ والإعطاء. (رَ: مادة /169 و172 / من المجلة)، وكذا انعقاد شراء الثمار على الأشجار بلفظ «الضمان» في عرفنا الحاضر.

ثانياً ـ التطبيق

1) إن جريان حكم الرهن في بيع الوفاء ليس في جميع الأحكام بل في بعضها ، وبيان ذلك أنه اختلف في بيع الوفاء فقيل هو بيع صحيح ، وقيل بيع فاسد ، وقيل هو رهن . والمفتى به هو القول الجامع ، وعليه جرت المجلة في المادة / 118 / وهو أن بيع الوفاء له شبه بالبيع الصحيح ، وشبه بالفاسد ، وشبه بالرهن ، وله من كل شبه بعض أحكام المشبه به .

ولا مانع من أن يكون للعقد الواحد أكثر من حكم واحد باعتبار المقصود منه ، كالهبة بشرط العوض كما سيأتي .

وكقرض القيمي، فإنه قرض من وجه بحيث يملكه المستقرض بالقبض، وعارية من وجه حيث إنه يجب رد عينه على المقرض كما سيأتي في الكلام على هذه المادة نقلا عن رد المحتار أول فصل القرض .

وكالمضاربة ، فإن المال عند المضارب أمانة ، فإذا تصرف فهو وكيل ، فإذا ربح فهو شريك ، فإذا فسدت فهو أجير إجارة فاسدة ، فإذا خالف فهو غاصب (ر : جامع الفصولين ، الفصل الثلاثين ، صفحة / 61).

وكالاستصناع ، فإن له شبها بالبيع ، وشبها بالإجارة ، فإنه إذا وقع على ما جرى فيه تعامل ولم يؤجل أو أجل دون أجل السلم على وجه الاستعجال كان له شبهان ، شبه بالبيع بخيار للمتبايعين حتى كان لكل منهما فسخه ، وشبه بالإجارة حتى إنه يبطل بموت الصانع .

وثبوت الخيار لهما قبل العمل لا خلاف فيه عندنا، وأما بعد العمل فثبوته لهما هو الصحيح في المذهب ، وروي عن أبي يوسف لزومه بلا خيار لأحد المتعاقدين (ر : البدائع ، كتاب الاستصناع ، والدر المختار وحاشيته رد المحتار ، أواخر باب السلم) .

وعلى هذا فما جرت عليه المجلة في المادة / 392 / من أن الاستصناع ينعقد لازما ليس مذهباً لأحد من أئمتنا ، وما ذكرته في المقالة الأولى من المقدمة من أنها جرت فيها على قول أبي يوسف ليس بصحيح ، لما سمعت من أنه لا خلاف لأحد من أئمتنا في ثبوت الخيار لكل منهما قبل العمل ، إنما الخلاف بعد العمل .

كما أنها جرت أيضا قبل ذلك في المادة / 389 / على ما ظاهره يفيد صحة الاستصناع فيما لا تعامل فيه ، ولم أره قولاً لأحد في المذهب ، بل المنصوص عليه في المتون أنه لا يصح استصناعاً ولكن إذا استوفى شرائط السلم يكون سلماً .

فأما شبه بيع الوفاء بالبيع الصحيح:

أ) فمن جهة أنه لو كان بالدين كفيل فشرى الطالب به عقار المديون وفاءً بطلت الكفالة ثم لا تعود لو تفاسخا بيع الوفاء (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثامن عشر ، صفحة / 247).

ب)- ومن جهةأن المشتري له أن ينتفع بالمبيع وفاءً ويملك من زوائده ما قابل مدة بقائه في يده بحكم البيع ، ولا يضمنها بإتلافها ، حتى لو باع إنسان بستاناً مثلاً وفاءً ثم فسخ البيع بعد مضي بعض السنة تقسم الغلة بالحصة على اثني عشر شهراً ، فيأخذ المشتري حصة ما مضى سواء كانت ظهرت فيه الغلة أو لا ، ولو لم يخرج الثمر أصلاً فليس للمشتري أن يأخذ من البائع شيئاً ، ولو أدركت الغلة وأخذها المشتري فليس له نقض البيع وطلب الثمن حتى تتم السنة من وقت البيع ، إلا إذا أراد أن يأخذ من الغلة نصيب ما مضى ويترك عليه نصيب ما بقي فله ذلك (رَ: جامع الفصولين ، الفصل الثامن عشر) .

ج) ومن جهة أنه يجوز إجارته للبائع بعد القبض وتلزمه الأجرة ، أما لو آجر قبل قبضه فقد نقل في الفصل الثامن عشر من جامع الفصولين ، عن شيخ الإسلام برهان الدين وعن فوائد بعض المتأخرين وعن أبي الفضل الكرماني ، أنه يجوز ، ونقل عن محيط الديناري أن الأصح عدم الجواز وأنه به يفتى ، وأدلة كل من القولين مبسوطة هناك .

غير أن العرف جارٍ اليوم على إجارته من البائع قبل قبضه ، فلو أفتى مفتٍ بالجواز بناء على القول به كان حسناً ، لأن هذا القول ليس بضعيف لأنه مقابل للأصح فيكون صحيحاً ، على أن العرف يصلح أن يكون مخصصاً شرعاً في مثل هذا ، كما يستفاد مما سيأتي في كلامنا على المادة / 36 / .

وأما شبهه بالبيع الفاسد:

فمن جهة أن كلًّا من المتبايعين يملك فسخه واسترداد ما دفعه وإن لم يرض الآخر.

وأما شبهه بالرهن :

أ) ـ فمن جهة أنه ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء للغير إلا بإذن الآخر .

ب) ـ وأن العقار المبيع بالوفاء لا يؤخذ بالشفعة .

ج) ـ وأنه لو بيع عقار بجانبه فالشفعة فيه للمالك وهو البائع ، لا للمشتري . (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثامن عشر) .

د) ـ وأنه لو مات البائع وفاء فليس لسائر الغرماء التعرض ما لم يستوف المشتري دينه .

هـ) ـ وأن المبيع وفاء إذا هلك في يد المشتري من غير تعدٍّ منه ضمنه ضمان الرهن ، فإن كانت قيمته مساوية للدين سقط الدين بمقابلته ،وإن كانت ناقصة عن الدين سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي من البائع ، وإن كانت قيمته زائدة على الدين سقط منها مقدار الدين ، وما زاد من قيمته عن مقدار الدين يعتبر أمانة في يد المشتري . فإن كان هلاك المبيع بتعدٍّ من المشتري كان ما زاد من القيمة مضموناً عليه أيضاً (رَ : المواد / 118 و 396 و 397 و 399 و 403).

ولم أرَ حكم ما لو انتقض بعض البناء أو يبس بعض الأشجار في بيع الوفاء ، لمن يكون النِقض أو الحطب ؟ والظاهر أنهما للمالك ، لأنه عين المبيع أو وصف فيه وانه مملوك له بأجزائه وأوصافه وليس منفعة من منافعه ، ويكون للمشتري حق حبسه إلى استيفاء الثمن ، لأنه شبيه بالرهن من جهة حق الحبس عند المشتري وحق الاسترداد للبائع عند أداء الثمن .

ويفترق بيع الوفاء عن الرهن في أمور :

أ) ـ منها أن بيع الوفاء يصح في المشاع ولو كان يحتمل القسمة .

ب) ـ وأن البائع وفاء إذا رد للمشتري نصف الثمن الذي قبضه ينفسخ البيع في نصف المبيع فيتمكن حينئذ من بيع النصف للغير بلا إجازة المشتري (رَ : جامع الفصولين ، بيع الوفاء) ووضعه المسألة في النصف غير إحترازي كما هو ظاهر .

ج) ـ وأن المبيع وفاءً تصح إجارته من البائع ومن غيره كما تقدم ، بخلاف الرهن فإن إجارته من الراهن لا تصح بل تكون إعارة وللمرتهن استرداده منه وحبسه بالدين ، وأما إجارته من غير الراهن فإذا باشرها أحدهما من راهن أو مرتهن بإذن الآخر خرج بها عن الرهن ثم لا يعود إلا بعقد رهن جديد (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، باب التصرف في الرهن والجناية عليه) . وإذ خرج عن الرهن لا يكون بدل الإجارة رهناً بدله ، لأن الأجرة بدل المنفعة لا العين ، بخلاف ما إذا باعه أحدهما من راهن أو مرتهن بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ويكون الثمن رهناً بدله ، لأنه بدل العين (رَ : الدرر ، والدر المختار ، باب التصرف في الرهن والجناية عليه) .

والفرق بين إجارة المرتهن الرهنَ للراهن وبين إجارة أحدهما من أجنبي بإذن الآخر ـ حيث تكون الإجارة في الأولى عارية أو وديعة لا يخرج بها عن الرهن بل يستعيده منه ويحبسه بالدين ، وفي الثانية يخرج عن الرهن ثم لا يعود إلا بعقد جديد ـ هو أن الإجارة من العقود اللازمة ، والعقود إنما تراد وتقصد لأحكامها ، وحكم الإجارة ملك المستأجر للانتفاع بالمأجور واستحقاق المالك للأجرة ، وكل من الحكمين متوقف على نزعه من يد المرتهن وتسليمه للمستأجر ، إذ بدون ذلك لا يتمكن من الانتفاع وإذا لم يتمكن من الانتفاع لا تجب الأجرة عليه .

فحيث باشر المرتهن هذا العقد بإذن المالك ، وهو الراهن ، أو اذن به للراهن ففعله استحق المستأجر عليه نزعه من يده ووضع يده عليه بحكم هذا العقد اللازم ، وسقط حقه في حبسه بالدين ، وإذا سقط لا يعود إلا بعقد رهن جديد ، هكذا ظهر لي في وجه الفرق ، ثم رأيته بهذا المعنى في مبسوط السرخسي (رَ : المبسوط ، كتاب الرهن ، باب رهن الحيوان ، ج / 21 / صفحة / 108 / وغيرها من الباب المذكور) .

بخلاف إجارته من الراهن ، فإنهم صرحوا ببطلانها ، وما ذاك إلا لكون عين الرهن ملكاً له ، والإنسان لا يمكن أن يستأجر ما هو ملكه ، وإذا بطلت كان وجودها كالعدم فلم يبق إلا مجرد تسليم المرتهن الرهن للراهن بوجه غير مستحق عليه ولا واجب ، وهذا لا يوجب سقوط حقه في حبس الرهن فلذا كان له استرداده منه وإعادته إلى يده بحكم الرهن .

إن هذه القاعدة تجري في كثير من العقود، غير (1) بيع الوفاء ، فتجري : (2 ، 3) بين الكفالة والحوالة ، (4) وبين البيع والهبة ، (5) وبين الهبة والإجارة ، [(6) وبين الهبة والإقالة ،] (7) وبين الهبة والقسمة ، (8) وبين المضاربة والقرض والبضاعة ، (9) وبين الصلح وغيره من العقود ، (10) وبين الوصاية والوكالة ، (11) وبين العارية والقرض ، (12) وبين العارية والإجارة ، (13) وبين الإقالة والبيع في حق غير المتبايعين ، (14) وبين الشفعة والبيع ، (15) وبين الإقرار والبيع ، وكثير غيرها .

2) ـ أما الكفالة فهي ضمّ ذمّة إلى ذمة في المطالبة ، فإذا اشترط فيها براءة المديون عن المطالبة تعتبر حوالة فيشترط حينئذ فيها ما يشترط في الحوالة ، ولا يطالب الدائن إلا الكفيل فقط ، ولا يرجع على المكفول عنه إلا إذا توى المال ، أي هلك ، عند الكفيل ، وذلك بأن يجحد الكفالة مع عجز الدائن عن إثباتها ويحلف عند تكليف الحاكم له اليمين ، أو يموت الكفيل مفلساً ، أو يفلسه الحاكم فحينئذ يرجع الدائن على المديون المكفول .

3) ـ وكذلك الحوالة ، وهي نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فإنها إذا اشترط فيها عدم براءة المحيل عن المطالبة تعتبر كفالة ، فيشترط فيها ما يشترط في الكفالة ، ويطالب المحال كلاً من المحيل والمحال عليه (رَ : المادة / 148 و 149 من المجلة) وكذا لو ادعى كفالة وأقام شاهدين شهد أحدهما بالكفالة وشهد الآخر بالحوالة تقبل وتثبت الكفالة ، لأنها أقل ، وهذان اللفظان جعلا كلفظة واحدة (رَ : جامع الفصولين ، آخر الفصل الحادي عشر) .

4) ـ وأما الهبة فإنها إذا شرط فيها تعويض الواهب تصح وتعتبر هبة ابتداء وبيعا انتهاء ، فبالنظر لكونها هبة يشترط لصحتها شروط الهبة ، فلا تصح من الصغير ولو كان العوض كثيراً (رَ : تأسيس النظر للدبوسي) ، وكذا لا تصح من وليه ولو بعوض ما (رَ : الدر المختار ، كتاب الهبة .) ، ويجب فيها التقابض في العوضين ، ولا تصح في مشاع يحتمل القسمة ولا فيما هو متصل بغيره اتصال الأجزاء أو مشغول بغيره ، كما لو وهب الزرع دون الأرض أو الأرض دون الزرع أو الثمر دون الشجر أو الشجر دون الثمر ، لأن ذلك في معنى المشاع ، إلى غير ذلك من شرائط الهبة .

وبالنظر لكونها بيعاً لا يصح الرجوع فيها ، ويجري فيها الرد بالعيب وخيار

الرؤية ، وتؤخذ بالشفعة . أما اشتراط كون العوض معلوماً ففيه خلاف ، وظاهر مثال المادة / 855/ من المجلة اشتراط علمه .

وهذا التفصيل فيما إذا قال الواهب : وهبتك بشرط أن تعوض كذا ، أما لو قال : وهبتك بكذا دراهم مثلاً كانت بيعاً ابتداء وانتهاء (رَ : الدر المختار وحاشية رد المحتار ، كتاب الهبة)

5) ـ وكما تكون هبة العين بشرط العوض بيعاً ، على الوجه المشروح ، تكون هبة المنفعة بشرط العوض إجارة (رَ : الأشباه والنظائر لابن نجيم ، كتاب البيوع) .

6) ـ وقد تعتبر الهبة إقالة ، كما لو وهب المشتري المبيع المنقول من البائع قبل قبضه منه كان إقالة إذا قبل البائع الهبة ، ويسترد المشتري منه حينئذ الثمن ، لأن تصرف المشتري في المنقول قبل قبضه من البائع لا يجوز ، فلا يمكن تصحيح الهبة ، بل تعتبر مجازاً عن الإقالة (رَ : تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار ، كتاب البيوع ، أوائل باب التصرف في المبيع والثمن . ومن باب الإقالة في رد المحتار) . وكما لو وهب رب السلم المسلم فيه من المسلم إليه وقبل الهبة كانت الهبة إقالة (رَ : الدر المختار ، من باب السلم) لأن تصرف رب السلم في المسلم فيه قبل قبضه لا يصح فكان مجازاً عن الإقالة .

وكما تكون الهبة في معنى البيع والشراء قد يكون الشراء هبة ، فقد قال في الدر المختار (في الفروع آخر متفرقات البيوع ، عن الملتقط) : شرت لطفلها على أن لا ترجع عليه بالثمن جاز ، وهو كالهبة استحساناً ، وقال في حاشيته ، نقلاً عن الخانية : تكون الأم مشترية لنفسها ثم يصير هبة منها لولدها الصغير وصلة ، وليس لها أن تمنع المشريّ عن ولدها الصغير .

7) ـ وأما جريانها بين القسمة والهبة فكما لو أمر أولاده أن يقتسموا أرضه الفلانية بينهم وأراد به التمليك ، فاقتسموها وتراضوا على هذه القسمة تثبت لهم الملك ، ولا حاجة أن يقول لهم جملةً : ملكتكم هذه الأراضي ، ولا أن يقول لكل واحد منهم : ملكتك هذا النصيب المفرز (رَ : رد المحتار ، عن التتارخانية ، قبيل الرجوع في الهبة ، موضحاً) ، وكما لو اقتسم الورثة التركة ذكوراً وإناثاً على السوية

صح بطريق الهبة لا الإرث (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثامن والعشرين ، صفحة / 39)

8)ـ وأما المضاربة ، فإنها إذا شرط فيها أن يكون كلُّ الربح للمضارب تعتبر قرضاً ، فإذا تلف المال في يد المضارب يكون مضموناً عليه . وإذا شرط فيها أن يكون كل الربح لرب المال تعتبر بضاعة ـ وهي : أن يكون المال وربحه لواحد والعمل من الآخر ـ ويكون المال حينئذ في يد القابض أمانة (رَ : الأشباه والنظائر ، كتاب البيوع) .

9) ـ وأما الصلح فإنه يعتبر بأقرب العقود إليه ، فحينئذ إما أن يكون المدعى عليه مقراً للمدعي بالمدعى به أو منكراً ،

ففي حالة إقراره إن وقع الصلح عن مال بمال يدفعه المدعى عليه يعتبر بيعاً ، فيجري في المدعى به الرد بالعيب ،ويؤخذ بالشفعة إن كان عقاراً . وإن وقع عن مال بمنفعة يعتبر إجارة . وإن كان الصلح عن دعوى النكاح يعتبر خلعا فتجري فيه أحكام الخلع .

وفي حالة إنكار المدعى عليه إذا تصالحا على بدل يدفعه المدعي يكون ذلك في حقه صلحاً محضاً لقطع المنازعة ، فلا يمكنه بعد عقد الصلح أن يرد المدعى به ، أي المصالح عنه ، بالعيب ، ولا يؤخذ بالشفعة لو كان عقاراً . أما في حق المدعى عليه المنكر ، وهو الذي قبض بدل الصلح ، فإن رجع عن إنكاره وصدق المدعي أو لم يرجع ولكن برهن المدعي على دعواه كان في حقه أيضاً بيعاً فتترتب عليه أحكام البيع من الرد بخيار الرؤية والعيب والأخذ بالشفعة لو كان البدل عقاراً (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثلاثين ، صفحة / 67) وهذا لا يظهر إلا فيما إذا كان دافع البدل هو المدعى عليه وإلا كان صلحاً محضاً كما هو ظاهر . (رَ : التنبيه الأول الآتي في الكلام على هذه القاعدة)

10) ـ وأما الوصاية والوكالة فكما لو أوصى الإنسان غيره ببيع شيء من ماله فإن ذلك يكون وكالة ، ولو وكله بتنفيذ وصيته بعد موته يكون ذلك وصاية (رَ : الفتاوى البزازية .)

11) ـ وكذلك العارية والقرض ، فإن إعارة ما يجوز قرضه ، كالنقود والمثليات ، تعتبر قرضاً (رَ : الفتاوى الهندية) . وكذا قرض ما لا يجوز قرضه ،

كالقيمي ، يعتبر عارية ، لكن من جهة أنه يجب رد عينه لا من جميع الوجوه ، لأنه في هذه الصورة يملك بالقبض ويكون مضموناً كالقرض المحض (رَ : رد المحتار ، أول القرض)

12) ـ وأما جريانها بين العارية والإجارة فكما لو قال رجل لآخر : أعرتك داري هذه مثلاً شهراً بكذا كان إجارةً . (رَ : تنوير الأبصار وشرحه ، أوائل كتاب الإجارة .)

13) ـ وأما جريانها بين الإقالة والبيع فكما لو باع الموهوب له العين الموهوبة من آخر ثم تقايل معه البيع وعادت العين الموهوبة إلى يده فليس للواهب الرجوع في الهبة ، لأن تقايل الموهوب له البيع مع المشتري منه بمنزلة بيع جديد فكأنه اشتراه من مشتريه (رَ : تنوير الأبصار وشرحه ، من الإقالة) . وهناك فروع كثيرة تؤخذ من المحل المذكور .

14) ـ وأما جريانها بين الشفعة والبيع فكما سيأتي في التنبيه آخر القاعدة / 71/ القائلة : « لا عبرة بالظن البين خطؤه » في المسألة الخارجة عنها .

15) ـ وأما جريانها بين الإقرار والبيع فلما في جامع الفصولين ، في الفصل الموفي عشرين : « الإقرار المقرون بالعوض تمليك مبتدأ ، فإن من قال لآخر : أقر لي بهذا ، لشيء في يده ، حتى أعطيك مائة مثلاً كان بيعاً ، حتى لو قال : إلى الحصاد لم يجز » . أي يفسد لتأجيل الثمن إلى أجل مجهول .

تنبيهات

التنبيه الأول :

إن ذكر لفظ **العقود** في هذه القاعدة ليس لإفادة أن اعتبار المقاصد والمعاني لا يجري إلا في العقود بل جرياً على الغالب ، وإلا فإن القاعدة المذكورة تجري في غير العقود ، كالدعاوى .

قال الإمام أبو الحسن الكرخي في رسالة الأصول : « الأصل أنه يعتبر في الدعاوى مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر » . وقال الإمام أبو حفص النسفي في شرحه للرسالة : « من مسائل هذا الأصل :

أ) ـ أن المودع إذا طولب برد الوديعة فقال : رددتها عليك ، فقال المودع : لم تردها ، فالقول قول قابل الوديعة مع أنه يدعي خلاف الظاهر بقوله رددت ، وذلك لأن المقصود هو الضمان وهو منكر له فكان القول قوله » .

ب) ـ ومثله ما في الرسالة المذكورة أيضاً ، من أن المودع المأمور بدفع الوديعة لفلان إذا قال : دفعتها له ، وقال فلان : ما دفعها إلي ، فالقول قول المودع في براءة نفسه لا في إيجاب الضمان على فلان بالقبض .

ج) ـ ومنها ما لو ادعى رجلان نكاح امرأة ميتة وأقام كل منهما البينة ولم يؤ رخا ، أو أرخا تاريخاً متحداً ، فإنه يقضى بالنكاح بينهما ، وعلى كل منهما نصف المهر ، ويرثان منها ميراث زوج واحد (رَ : الدر المختار ، كتاب الدعوى ، دعوى الرجلين) لأن المقصود من دعوى النكاح بعد موتها الإرث فكانت الدعوى دعوى مال ولا مانع من اشتراكهما في المال .

أما لو كانت حية وأقام كل منهما البينة ولا مرجح لإحدى البينتين بسبق تاريخ أو دخوله بالمرأة أو غيره من المرجحات المذكورة هناك فإنه لا يقضى لأحد منهما ، لأن المقصود حينئذ نفس النكاح والشركة فيه لا تكون (رَ : ما سيأتي تحت المادة / 13 / من المجلة) .

د) ـ ومنها ما لو ادعى اثنان عينا كلٌ يدعي أن كلها رهن عنده من فلان بدينه ، وفلان ميت ، وبرهنا ، فإنه يقضي لكل منهما بنصفها رهنا عنده سواء كانت في أيديهما أو يد غيرهما ، لأن دعواهما الرهن والراهن ميت يكون المقصود منها الاستيفاء من ثمن العين بالبيع ، والشائع يقبله ، بخلاف ما إن كان الراهن حياً فإن المقصود حينئذ حكم الرهن ، وهو حبس العين ، والشائع لا يقبله (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، والدرر ، من باب ما يصح رهنه وما لا يصح) .

هـ) ـ ومن مسائل الدعاوى أيضاً في هذا الأصل : ما لو ادعى المتولي دفع الغلة للمستحقين من ذرية الواقف ، وهم ينكرون ، فالقول للمتولي مع أنه يدعي خلاف الظاهر ، لأنه يدعي براءة ذمته والأصل براءة الذمة .

و) ـ ومنها ما سيأتي ، في مستثنيات المادة / 11 / ، من أنه لو قال الوكيل بالبيع بعد علمه بالعزل ، والمبيع مستهلك : بعت وسلمت قبل العزل ، وقال الموكل بعد العزل ، فالقول للوكيل مع أنه يدعي خلاف الظاهر بإضافة الحادث إلى

أبعد أوقاته ، لأن المقصود من الدعوى بعد هلاك العين تضمينه ، وهو ينكر سبب الضمان . وكذلك بقية مستثنيات المادة / 11 / المذكورة ، فإنها من فروع هذا الأصل ، لاعتبار المقصود من الدعوى فيها .

التنبيه الثاني :

يذكرون أن الصلح يعتبر بأقرب العقود إليه ، كما ذكرنا في البند 9 من تطبيقات هذه القاعدة ، بمعنى أنه إن كان فيه معنى البيع بأن وقع عن مال بمال يعتبر بيعاً ، وإن كان فيه معنى الإجارة بأن وقع عن مال بمنفعة يعتبر إجارة ، وهكذا. وأما إذا لم يمكن تطبيقه على عقد من العقود المعروفة فإنه يبقى صلحاً محضاً لقطع المنازعة .

ولكن قد يقع الصلح على صورة تكون بالنسبة إلى أحد المتصالحين في معنى البيع مثلاً ، وبالنسبة إلى الآخر صلحاً محضاً لأنها ليست مبادلة في زعمه ودعواه ، كما لو تصالحا ، والمدعى عليه منكر ، على أن يدفع المدعي إلى المدعى عليه مالاً معيناً ويأخذ منه العين المدعى بها فهذا في زعم المدعي صلح محض وليس مبادلة ، لأنه استرد عين ماله الذي يدعيه ، وفي زعم المدعى عليه المنكر لدعوى المدعي هو بيع .

ففي أمثال هذه الحالة هل يعتبر عقد الصلح على حسب زعم المدعي ، فإن كان في زعمه مبادلة مالية اعتبر بيعاً وإجارة وأجريت فيه أحكام البيع والإجارة ، وإن كان صلحاً محضاً اعتبرناه صلحاً ؟ أو هل نعتبره على حسب زعم المدعى عليه ؟ أو هل نعتبر زعم كل واحد على حدة بحيث لو كان الصلح في زعم أحد المتصالحين معاوضة وفي زعم الآخر صلحاً محضاً أخذنا كلاً بزعمه واعتبرناه في حقه على خلاف ما نعتبره في حق رفيقه ؟

هذا ما توقفنا فيه ، ولم نر للفقهاء تصريحاً شافياً فيه . والذي ظهر لنا بعد طول البحث ، استنباطاً من بعض تصريحاتهم وانطبقت عليه الفروع المنقولة وتوجيهاتها : أنه فيما بين المتصالحين أنفسهما يعتبر عقد الصلح على الصفة التي يقتضيها زعم المدعي دون زعم المدعى عليه ، وأما فيما بين كل واحد منهما وثالث خارج ، كالشفيع ، فيؤاخذ كل واحد من المتصالحين بزعمه على حدة ، سواء أكان في عقد الصلح مدعياً أو مدعى عليه .

يوضح ذلك ما جاء في جامع الفصولين ، في الفصل السادس عشر منه نقلاً عن فتاوى رشيد الدين ، ما نصه : « لو صالح عن الدار المدعاة فاستحق الدار فالمدعى عليه يأخذ من المدعي ما دفع إليه ، أما لو كان المدعى عليه مقراً فظاهر ، لأنه يصير مشترياً فيرجع إذا استحق ، وأما لو كان منكراً فيرجع أيضاً ، إذ الصلح جوازه على زعم المدعي ، وزعمه بأنه باعه ، فإذا استحق يرجع . وأما لو دفع المدعي شيئاً إلى ذي اليد وأخذ الدار منه فاستحق الدار لا يرجع الدافع بما دفع ، إذ المدعي يزعم : إني آخذ حقي وإنما أدفع المال لقطع خصومة ، فلا يصير المدعي مشترياً فلا يرجع » . فقد اعتبر زعم المدعي فقط فيما بينه وبين المدعى عليه وأهمل زعم المدعى عليه ، مع أنه في صورة ما إذا كان دافع البدل هو المدعي ، وكان المدعى عليه منكراً ، يكون الصلح بيعاً في زعم المدعى عليه كما هو ظاهر ومع ذلك لم يثبتوا للمدعي حق الرجوع عليه ومؤ اخذته بزعمه .

وجاء في شرح النقاية للقهستاني ، في كتاب الصلح منه ، فيما إذا كان المدعى عليه غير مقر وكان هو دافع بدل الصلح ما لفظه : « فلا شفعة للشريك وغيره على المدعى عليه في صلح عن دار ، لأنه زاعم أنه على أصل حقه ، ولا يلزم زعم المدعي ، لأن المرء لا يؤ اخذ إلا بزعمه » . فقد اعتبر هنا زعم المدعى عليه فيما بينه وبين الأجنبي الخارج ، وهو الشفيع ، فلم يثبتوا له حق الشفعة ، لأن هذا الصلح في زعم المدعى عليه ليس معاوضة مالية ، لأنه لما كان منكراً لدعوى المدعي لم يكن اعتباره بدفع البدل مشترياً ، بل قاطعاً للنزاع ومستبقياً لملكه ، ولو كان زعم المدعي معتبراً ، والحالة هذه ، دون زعم المدعى عليه لوجبت الشفعة للشفيع على المدعى عليه في الدار المصالح عنها ، لأن هذا الصلح في زعم المدعي القابض للبدل بيع .

وقد جاءت المادة / 1550 / من المجلة على نحو ما في جامع الفصولين ، وشرح النقاية للقهستاني ، وشرح التنوير منطبقة على ما ذكرنا ومؤ يدة له .

وإنما لم يعتبر فيما بين المتصالحين أنفسهما زعم كل واحد منهما لأن زعميهما متنافيان ايجاباً وسلباً ، فما يقتضيه زعم أحدهما ينفيه زعم الآخر ، فوجب الاقتصار على أحد الزعمين في مصير عقد الصلح .

وإنما كان المعتبر زعمه هو المدعي ، دون المدعى عليه ، لأن المدعى عليه منكر متمسك بالأصل ، وهو عدم ما يدعيه المدعي ، والمنكر في غنى عن بيان الأسباب

الشرعية وغير مكلف بها لتأييد إنكاره ، ولأنه ليس منشئاً للخصومة وإذا ترك لم يترك بل في موقف الدفع ، والإنكار لا يتضمن اثبات حق لأحد ولذا يقوم السكوت بلا عذر مقامه ويغني عن الإفصاح به ، فكما أن السكوت لا يثبت حقاً لأحد فكذا ما قام مقامه ، فإذا ادعى بعد ذلك خلاف ما يقتضيه إنكاره لا يعد متناقضاً شرعاً ، لأن التناقض لا يمنع سماع الدعوى إلاّ إذا كان أول الكلامين فيه مثبتاً حقاً لمعين (رَ : رد المحتار ، أول بحث التناقض من باب الاستحقاق) معنى هذا لا يمنع المدعى عليه أن يدعي بعد الصلح ما يخالف مقتضى انكاره السابق .

بخلاف المدعي فإنه هو المنشىء للخصومة والآتي بأول الكلامين ، ولذا لو ترك ترك ، وهو في موقف التهجم على المدعى عليه والانتزاع من يده ، والنزع لا بدّ فيه من كون ما يزعمه من السبب مطابقاً لوجه شرعي يستحق به النزع ، كما يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى ، في كتاب الخراج : « لا ينزع شيء من يد أحد إلاّ بحق ثابت معروف » .

فإذا كان المدعى عليه منكراً وكان دافع البدل هو المدعي لم يكن في معنى المضطر ، لأنه لو ترك ترك ، فكان ذلك العقد فيما زعمه صلحاً محضاً ليس فيه معنى المعاوضة ، لأنه بدفع البدل قد استخلص في زعمه ملكه ، فاذا استحق من يده يقتصر الاستحقاق عليه ولا يمكن اعتباره في حكم من تلقى الملك من غيره ، كما هو صريح من كلام رشيد الدين المتقدم ، ألا ترى أن المشتري إذا أنكر دعوى المستحق الملك وادعى أن المدعى ملكه ولم يذكر تلقي الملك من بائعه فلا يرجع عليه بالثمن (رَ : رد المحتار ، اوائل الاستحقاق) فهذا أولى .

وإذا كان دافع البدل هو المدعى عليه المنكر كان في معنى المضطر ، لأنه لو ترك لم يترك ، فإذا استحق المدعى من يده لم يكن هناك ما يمنع من اعتباره في حكم من تلقى الملك من غيره فلا يمتنع رجوعه بالبدل ، إذ لم يوجد منه سوى انكار كون المدعى به ملك المدعي ، وعلى تسليم صدقه في إنكاره هذا فإنه لا يمنع من الرجوع على البائع عند الاستحقاق (رَ : تنوير الأبصار ، كتاب الدعوى ، باب الاستحقاق) وعدم ذكره في خصومة المستحق تلقي الملك من المدعي الأول القابض لبدل الصلح لا يمنع من اعتباره مقضياً عليه ورجوعه بالبدل عند الاستحقاق ، لأن هذا التلقي المعتبر بيعاً إنما اعتبر بيعاً في ضمن عقد الصلح ، والشيء إذا ثبت في ضمن غيره لا يجب أن تتوفر شروطه ، بل يكتفى بتوفر شروط المتضمن له فقط (رَ :

ما جاء من ذلك في الخاتمة التي كتبناها آخر المادة / 52 / فإن فيها مقنعاً) .

ثم لينظر ما لو أنكر ملك المدعى وزعم أن المبيع ملكه بأن قال : ليس هو ملكه بل هو ملكي ، ويمكن أن يقال : لا يمنع ذلك دعواه الرجوع بالبدل ، لأن دعواه الملك أمر زائد على الجواب الكافي ، وهو إنكاره ، ولا دخل له فيه ولا تتوقف عليه صحته ، فكان وجودها كالعدم فلا يتعلق بها حكم ، ألا ترى إنه لو وجد في دعوى المدعي أو في شهادة الشهود زيادة لا تتوقف عليها صحة الدعوى أو الشهادة ، كما لو بين المدعي ذرعاً من الثوب المدعى أو لون الدابة أو سنها أو كونها مشقوقة الأذن ، ثم ظهر أن الأمر على خلاف ما وصف ، فقد حكى في الفصل السادس من جامع الفصولين خلافاً في سماع الدعوى وقبول الشهادة ، وجنح إلى عدم سماع الدعوى والشهادة (رَ : ما جاء في التنبيه تحت المادة / 65). مع أنه ظهر في ذلك كذب المدعي وشهوده ، فما بالك بما كان زائداً في كلام المدعى عليه ، فلأن لا يتعلق به حكم بلا خلاف بالأولى ، خصوصاً وقد ارتفع زعمه الملك بتكذيب الحاكم له فيه بالقضاء بالملك للمستحق (رَ : المادة / 1654 / من المجلة)، هذا ما ظهر لفهمي والله اعلم .

هذا وقد استشكل صاحب جامع الفصولين ما نقله عن رشيد الدين من قوله المتقدم : « أما لو دفع المدعي شيئاً إلى ذي اليد وأخذ الدار منه فاستحق الدار لا يرجع الدافع بما دفع ، إذ المدعي يزعم : إني آخذ حقي » ، واستظهر أن يكون زعم المدعى عليه معتبراً أيضاً فيكون للمدعي حق الرجوع عليه في هذه الصورة .

وما استظهر ينافيه المعقول والمنقول .

أما المعقول : فلأن موضوع كلام رشيد الدين فيما بين أحد المتصالحين والآخر ، لا فيما بينه وبين الأجنبي ، فلا يمكن اعتبار زعم كل من المتصالحين ، لتنافيهما .

وأما المنقول : فلأن ما جاء في فتاوى رشيد الدين موافق لما جاء في معتبرات كتب المذهب ، وقد نقل صاحب جامع الفصولين نفسه ، في الفصل العشرين ، عن الهداية ما ينطبق على ما في فتاوى رشيد الدين ، ولفظه : « ادعى نكاحها ، وهي تنكر ، فصالحته على مال ليترك دعواه جاز خلعاً في جانبه ، بناء على زعمه ، وبذلاً للمال لدفع الخصومة في جانبها. ولو ادعت نكاحها فصالحها على مال لم يجز». فقد

اعتبر صاحب الهداية ، فيما بين المتصالحين ، زعم المدعي ، فحين كان الزوج هو المدعي وكان دافع البدل هو الزوجة صح الصلح على أنه خلع ، وحين كانت هي المدعية وكان دافع البدل هو الزوج لم يصح الصلح اعتباراً لزعمها ، لأنها ليست صاحبة حق النكاح حتى يجوز أخذها البدل اعتياضاً عنه في زعمها ، فإن الحل والحرمة في النكاح عائدان للزوج شرعاً ، ولذا لو اعترفت الزوجة بطلاق ، ولو ثلاثاً ، أو برضاع لا يلتفت إليها (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، كتاب الرضاع) ولم ينظر في هذه الصورة الأخيرة إلى زعم الزوج المقتضي لتصحيح الصلح ، باعتبار أنه دفع البدل لقطع خصومة المدعية ورفع النزاع ، وذلك لأن الزوج مدعى عليه وزعمه غير معتبر . وهذا يشهد بانطباق ما في فتاوى رشيد الدين على ما في كتب المذهب ، فاندفع بهذا إشكال صاحب جامع الفصولين المتقدم .

وقد أجاب الرملي ، في حاشيته على جامع الفصولين ، عن استشكال صاحب جامع الفصولين المتقدم بجواب منقوض غير صحيح ، حيث ذكر أن المدعي في تلك الصورة إذا دفع بدل الصلح وأخذ الدار لا يكون هذا الصلح في زعمه مبادلة ، فإذا استحقت الدار منه لا يسوغ له أن يرجع بما دفعه ، لأنه لا يمكنه المطالبة بما يخالف زعمه .

وينقض هذا الجواب ما ذكره رشيد الدين ، في صدر العبارة ، من أنه لو كان المدعى عليه منكراً ، وكان هو دافع البدل ، ثم استحقت الدار من يده يرجع على المدعي بما دفعه إليه ، مع أن هذا الصلح ليس مبادلة في زعمه ، بل هو مبادلة في زعم المدعي فقط ، فقد تمكن المدعى عليه من المطالبة بما يخالف زعمه . والجواب الحاكم ما قدمناه ، وبالمعقول والمنقول أيدناه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

التنبيه الثالث :

قد يعتبر **المقصد والمعنى** في بعض العقود ، فيحصل من اعتبارهما فيه فائدة من غير أن يكتسب العقد صفة عقد آخر ، كما إذا أعطى الغاصب المغصوب منه رهناً بعين المغصوب ، ثم تلفت العين المغصوبة في يد الغاصب ، فإن الرهن يكون حينئذٍ ببدلها من مثل أو قيمة ، وكما إذا أعطى المسلم اليه لرب السلم رهناً بعين المسلم فيه ، ثم انفسخ عقد السلم بوجه ما ، فإن الرهن يصير رهناً برأس المال الذي قبضه

المسلم إليه[1] (رَ : الدرر ، وغيره ، من باب ما يصح رهنه وما لا يصح) وما ذاك إلاّ لأن المقصد من هذا الرهن توثق المغصوب منه ورب السلم لسلامة حقه وأمنه مما يلحقه من الضرر بهذا الغصب وعقد السلم .

التنبيه الرابع :

اختلف في جواز بيع الوفاء في المنقول إذا لم يكن المنقول من توابع العقار . ولم أجد في ذلك ترجيحاً ، ولم تتعرض المجلة له أيضاً . ومقتضى ما ذكروه من أن تجويز بيع الوفاء بهذه الكيفية المعروفة إنما كان لضرورة الناس وتعارفهم ، أنه إذا لم يتعارف الناس اجراءه في المنقولات ، التعارف المعتبر ، لا يجوز كما هو الواقع في زماننا .

واختلف أيضاً في ملك المشتري للانتفاع بالمبيع وفاء وملكه لزوائده ، فقيل لا يملك ذلك إلاّ بالشرط ، وقيل يملكه بلا شرط ، ونقل في رد المحتار ، في بيع الوفاء قبيل الكفالة ، أن هذا القول ، أعني ملكه لذلك بدون شرط ، عليه الفتوى ، وبين أن ملكه لذلك مبني أيضاً على القول الجامع الذي قدمنا أنه المفتى به وأن عليه المجلة .

غير أن شراح المجلة جرَوْا ، في شرح المادة / 398 / منها ، على أن المشتري لا يملك الانتفاع إلاّ بالشرط ، مع أن المادة المذكورة لا صراحة فيها بأن المشتري لا يملك الانتفاع إلاّ بالشرط ، بل ذكرت أنه إذا شرط في بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري ، كأن تكون غلة الكرم المبيع مثلاً بينهما مناصفة ، صح ذلك ، وهذا ظاهر لا كلام فيه ، وأما الحكم عند عدم الاشتراط فهو مسكوت عنه فيها لم تتعرض له أصلاً .

ويرى الناظر في مادة / 118 / منها أنها تفيد ملك المشتري للانتفاع بلا شرط ، حيث صرحت بأن بيع الوفاء في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري بالمبيع الخ . . فلو كان المراد أن الانتفاع إنما يكون بالشرط لما صح تشبيهه في هذه

(1) ـ ولو هلك الرهن ، والحالة هذه ، في يد رب السلم يهلك بالمسلم فيه ، فعلى رب السلم رد مثل المسلم فيه وأخذ رأس ماله (ر : جامع الفصولين ، أواخر الفصل الثلاثين ، صفحة / 80 / والدرر ، كتاب الرهن) .

الجهة بالبيع الجائز اللازم ، بل كان الصواب أن يشبه في هذه الجهة بالرهن ، لأن المرتهن يملك الانتفاع بالرهن بالشرط .

وبذلك يظهر أنه يجب حمل المادة / 398 / على ما يفهم من المادة / 118 / فيكون معنى تلك أنه إذا اشترط في بيع الوفاء أن تكون غلة المبيع مشتركة بين البائع والمشتري مناصفة أو مرابعة مثلاً يصح ذلك . أما عند عدم هذا الاشتراط فتكون الغلة كلها للمشتري .

على أنه في زماننا اليوم يجب الحكم بملك المشتري الانتفاع بالمبيع وفاء على كل حال وإن لم يشترط ذلك صريحاً ، لأن الناس متعارفة على ذلك ، ولا يمكن أن يقدم أحد على الشراء وفاء إلاّ ويعلم هو والبائع ، بحكم العرف والعادة ، أن المشتري ينتفع بالمبيع بإجارته من البائع أو من غيره ، ويملك انزاله واغلاله ، فيكون حينئذٍ ملك المشتري للانتفاع مشروطاً ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط (رَ : مادة / 43 / من المجلة) فلذلك جرينا في شرح هذه القاعدة على ملك المشتري للمنافع وللزوائد بلا شرط . وما يوجد في بعض شروح المجلة من النقول التي تفيد خلاف ما جرينا عليه فهي مفرعة على القول بالاشتراط ، وهو خلاف المفتى به كما علمت .

التنبيه الخامس :

إن اعتبار المقاصد والمعاني في العقود مقيد بما إذا لم يعارضه مانع شرعي يمنع اعتبار المقصد والمعنى ويصرفه إلى جهة أخرى ، فلو عارضه تعتبر تلك الجهة وإن قصد غيرها ، لما ذكر في جامع الفصولين ، في الفصل الثلاثين منه « إن المشتري شراء فاسداً لو رد المبيع على بائعه انفسخ البيع السابق على أي وجه كان رده ، سواء كان ببيع جديد أو بهبة أو صدقة أو عارية أو وديعة ، لأن فسخ البيع الفاسد ورد المبيع واجب شرعاً ، فعلى أي وجه رده يقع عن الواجب ويبرأ عن ضمانه » فقد ألغى القصد في هذه التصرفات ، واعتبر تسليم المبيع للبائع رداً بحكم الفسخ للعقد الفاسد السابق .

ومن هذا القبيل ما ذكره في الدرر وغيره ، من باب المهر ، من أنه لو كان المهر ديناً في ذمة االزوج ، كالدراهم والدنانير ، فوهبته الزوجة كله أو نصفه قبل أن تقبضه منه ، او كان المهر عرضاً معيناً ، فوهبته منه ، ولو بعد قبضها له ، ثم طلقها

الزوج قبل الدخول فإنه لا يرجع عليها بشيء ويجعل ما وصل اليه بالهبة واصلاً إليه بحكم استحقاق نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ، وغاية الأمر أنه اختلف سبب وصوله إليه ، ولا يبالي باختلاف الأسباب بعد سلامة المقصود (انتهى موضحاً) .

ومنه ما جاء في رد المحتار (من كتاب الاجارة ج / 5 / صفحة 6 / عند قول المتن : واعلم أن الأجر لا يلزم بالعقد فلا يجب تسليمه به بل تعجيله . .) حيث قال : « إذا عجل الأجرة لا يملك الاسترداد ، ولو كانت الأجرة عيناً فأعارها أو أودعها رب الدار فهو كالتعجيل » . (رَ : مثله في الفتاوى الهندية ، كتاب الاجارة ، الباب الثاني منه) .

وأصل ذلك ما ذكره الإمام الدبوسي ، في كتابه تأسيس النظر ، حيث قال : « الأصل عندنا أن كل فعل استحق فعله على جهة بعينها فعلى أي وجه حصل كان عن الوجه المستحق عليه ، كرد الوديعة والمغصوب » . ثم فرع عليه فروعاً كثيرة فانظرها فيه .

لكن ما كان مستحقا بجهة اذا وصل الى المستحق بجهة اخرى فإنما يعتبر واصلاً عن الجهة المستحقة اذا وصل اليه من جهة المستحق عليه ، أما إذا وصل اليه من جهة غيره فلا ، حتى ان المشتري شراء فاسدا اذا وهب المبيع من غير بائعه أو باعه فوهبه ذلك الرجل من البائع الأول وسلمه اليه لا يبرأ المشتري عن قيمته ، وكذلك لو كان المهر عيناً فوهبته المرأة من غيرزوجها وهو وهبه من زوجها ثم طلقها قبل الدخول فلزوجها عليها نصف قيمة العين (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثلاثين ، صفحة / 52/ نقلاً عن الأصل للإمام محمد رحمة الله عليه) وذلك لأنه وصل الى المستحق ، وهو البائع والزوج ، من غير جهة المستحق عليه ، وهو المشتري والمرأة .

ونقل صاحب جامع الفصولين قبل ذلك ، عن الزيادات للإمام محمد أيضا « أنه لو اشترى عينا من غير ذي اليد وسلم الثمن إليه ثم خاصم المشتري ذا اليد فأخذها منه بهبة أو صدقة أو شراء أو وديعة أو غصب أو نحوه فليس له على الثمن سبيل ، لزعمه ان الثمن مستحق بجهة الشراء فوقع عنها ، اذ المستحق بجهة ، وهو المبيع ، يقع عن الجهة المستحقة ولو أوقعه الموقع بجهة أخرى » . والجهة الأخرى هي جهة الهبة وما عطف عليها . ثم قال صاحب جامع الفصولين عقبه : « أورد ، أي محمد ، هذه المسألة ليبين أن المشترى إذا وصل الى مشتريه يعتبر وصوله بجهة

الشراء ، وصل إليه من جهة البائع أو من جهة غيره ، وهذا بخلاف ما ذكر ، أي محمد ، في الأصل » ـ وساق عبارة الأصل المذكورة اعلاه ـ وسكت عما ذكره من المخالفة ولم يجب عنه ولم يوفق بين الكلامين ، وسكت عنه محشيه الرملي ، وكذلك لم يتعرض له في نور العين .

مع أنه لا تخالف بين كلامي الإمام محمد رحمة الله تعالى عليه ، وذلك أن المستحق ، وهو المبيع في فرع الزيادات ، لم يصل الى المستحق ، وهو المشتري ، من غير جهة المستحق عليه ، وهو البائع ، لأن إقدام المشتري على الشراء من البائع اعتراف له بالملك (رَ : رد المحتار ، كتاب الدعوى ، بحث الاستحقاق ، عند قول المتن : فلو بإقرار المشتري فلا رجوع ، نقلا عن جامع الفصولين نفسه) فتكون يد ذي اليد في زعمه ليست يد ملك ، وإذا لم تكن يد ملك فبأي كيفية وصل إليه منها يكون واصلا اليه عن المستحق عليه ، وهو البائع ، عين المبيع المستحق ، وما تلك العقود التي عددها في الزيادات ، من الهبة وما عطف عليها والغصب ، إلا وسائل غير مراد للمشتري حقائقها ولا أحكامها مستخلص بها عن المستحق له ، وإقدامه على الشراء ثانياً من ذي اليد وإن كان يتضمن أيضا نظير ما تضمنه إقدامه على الشراء الأول من الإقرار له بالملك فإنه لا يبطل به إقراره الأول ، إذ الإقرار لا يبطل بإقرار يأتي بعده مخالفاً له بل يصير بالثاني متناقضا فلا يسمع منه ما لم يصر في الأول مكذباً شرعاً (رَ : ما يأتي في الكلام على القاعدة / 79 / القائلة لا حجة مع التناقض) .

بخلاف فرعي « الأصل » فإن المبيع فاسداً والمهر العين فيهما خرجا بالهبة عن ملك المشتري والزوجة ودخلا في ملك الموهوب له ، وبخروجهما عن ملكهما انقطع حق البائع من استرداد عين المبيع بالفسخ ، بحكم الفساد ، وحق الزوج من استرداد نصف عين المهر ، بالطلاق قبل الدخول ، وتعلق حقهما بالقيمة شرعاً ، كما يعلم ذلك بمراجعة أحكام البيع الفاسد وأحكام المهر بكل سهولة .

وإذا صح التمليك والتملك بين الواهب ، وهو المشتري والزوجة ، وبين الموهوب له ، وانقطع حق المالك الأصلي عن العين وصار المستحق له هو القيمة يكون بوصول العين اليه من الموهوب له قد وصل اليه غير ما يستحقه ، وهو القيمة ، بخلاف فرع الزيادات فإن الواصل فيه الى المستحق عين ما يستحقه بزعمه فلا تخالف بين الكلامين .

وعلى هذا فقول صاحب جامع الفصولين : أورد محمد هذه المسألة ليبين أن

المشتري اذا وصل . الخ . . . ليس بظاهر ، لأن المبيع في فرع الزيادات لم يصل للمشتري من جهة غير البائع كما بينا ، هذا ما ظهر لي والله سبحانه أعلم .

ثالثا) ـ المستثنى

يستثنى من هذه مسائل :

منها : أن البيع بلا ثمن يبطل ، ولا ينعقد هبة ، ولم أر فيه خلافاً . وكذا الإجارة بلا بدل لا تنعقد عارية إلا على قول ، (رَ : رد المحتار ، أوائل الإجارة) .

ووجه عدم الانعقاد في الفرعين ظاهر ، وذلك أنه دار الأمر فيهما بين عقد محظور ،وهو البيع بلا ثمن والإجارة بلا بدل وكلاهما فاسد وهو محظور ، وبين عقد مباح ، وهو الهبة والعارية ، فغلب الحاظر ، بخلاف بقية ما فرع على القاعدة فإنه قد دار الأمر في جميعها بين أمرين مباحين فاعتبر فيهما المقصد والمعنى . هذا ما ظهر لي والله سبحانه أعلم .

خاتمة

هذه فروع متعلقة ببيع الوفاء ، مقتطفة من جامع الفصولين ، من الفصل الثامن عشر منه ، تذكر في هذه المادة زيادة للفائدة وتجعل خاتمة لها .

أ) ـ لا يدخل الزرع والثمر وقوائم الخلاف[1] في بيع الوفاء . ولو شرط دخولها في البيع كان البيع بالنسبة اليها نافذاً باتاً ، ولها حصة من الثمن ، حتى لو تفاسخا بيع الوفاء بعد ذلك ، وكان المشتري قد أخذ الزرع والثمر والقوائم ، فللبائع أن يقتطع على المشتري من الثمن الذي قبضه قدر قيمتها (كما يستفاد ذلك من أواخر صفحة/ 240 / وأوائل صفحة / 241 / منه) .

ب) ـ ما كان موجوداً وقت بيع الوفاء ، من الزرع والثمر والقوائم ، لا يجبر المشتري على الصرف منه على العقار المبيع ، لأنه دخل في ملكه بحصة من الثمن ،

---

(1) الخلاف (بكسر الخاء المعجمة) وزان (كتاب) شجر الصفصاف .

[illegible] حدثت بعد البيع ، ولو صرف منه على المبيع فله رفعه عند الفسخ ، وإنما يجبر على الصرف على المبيع بقدر متعارف من غلة حدثت بعد البيع .

ج) باع كرماً بيعاً بالوفاء ، فمضى بعض المدة وخرج الثمر ثم باعه من مشتري الوفاء بيعاً باتاً ولـم يذكر الثمر فالثمر للبائع لا للمشتري . والظاهر أن هذا مبني على القول بأنه رهن من كل الوجوه ، فتكون زوائده مملوكة للبائع ، ولا تدخل في البيع بدون تنصيص عليها .

د) ـ لو اشتراه وفاء ثم أجره ثم البائع باعه من آخر بيعاً باتاً وأجاز مشتري الوفاء هذا البيع لا تنفسخ الاجـارة ، لانـه ليس بمضطـر في هذه الإجـازة فبقيت الإجارة ، وحيث انها بقيت تكون أجرة ما بقي من المدة بعد الاجازة للمؤ جر ، وهو المشتري وفاء . أما لو كان فسخ بيع الوفاء من جهة البائع ينظر ، فإن كانت مدة الإجارة متعارفة لم تنفسخ ، ولو كانت غير متعارفة ، كأن آجره عشر سنين ، لا تبقى الإجارة ، لئلا يتفاحش الضرر ، بخلاف المدة المتعارفة لقلـة الضرر فيهـا ، ولـو طالب المشتري البائع بثمن الوفاء وقد كان آجر المبيع فللبائع أن يمتنع من أداء الثمن ما لـم تنفسـخ الاجارة ، ومثل انفساخها انتهاء مدتها .

هـ) ـ البيع بالوفاء ينفسخ بالتخلية بين المشتري وبين ثمنه بلا قبض . (كل ذلك من صفحة 241) .

و) ـ لو باع عقار غيره لنفسه (أي لأجل نفسه لا أنه باعه من نفسه وجعل نفسه مشترياً) بيعاً بالوفاء ليصرف ثمنه الى مصلحة نفسه ، وكان ذلك بأمر مالكه صح . وكان كـمستعير (رَ : جامع الفصولين ، صفحة 242 بالمعنى) وقوله وكان كمستعير ، أي مستعير الـرهن .

ز) ـ باع أرضه وفاء فزرعها المشتري ثم أدى البائع مال الوفاء للمشتري حتى انفسخ البيع ، والزرع بقل ، فهل يجبر المشتري على تفريغ الأرض أو تترك في يده بأجر المثل ؟ أجاب بعضهم بأنه لو أدى البائع ثمنه بطلب المشتري يجبر المشتري على تفريغها ، لا لو أداه بلا طلبه بل يترك في يده بأجر المثل .ولو قيل انه يترك في يده بأجر مثله في الوجهين فله وجه (رَ : صفحة / 244 منه) ثم نقل بعده ما يؤ يد أنه يبقى بأجر المثل في الوجهين .

ح) ـ ادعى انه شراه باتاً ثم ادعى انه شراه وفاء لا تسمع دعواه الثانية ، لأنه لا

يمكن توفيقه (رَ : صفحة / 247).

ط) ـ باعه جائزاً (أي وفاء) ثم احتاج الى العمارة ففعل بأمر القاضي على أن يرجع فله الرجوع (رَ : نور العين ، الفصل الثامن عشر) .

ي) ـ باع كرماً بيعاً باتاً أو وفاء في أوان ورد الثمر ، قيل يدخل الثمر تبعاً ، وهو الصواب ، إذ الثمر لم يظهر أو ظهر ولكن لا قيمة له فصار كحادث بعد البيع (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثاني والثلاثين ، صفحة/ 100) .

ك) ـ لو قبض المشتري المبيع بيعاً جائزاً (أي بيع وفاء) بحضرة البائع قبل نقد الثمن ولم ينهه لم يجز قبضه قياساً واستحساناً حتى كان له أن يسترده (رَ : بدائع الصنائع ، كتاب الهبة ، بحث القبض ج 6 / 124) .

ل) ـ لو تواضعا على الوفاء قبل البيع ثم عقد بلا شرط الوفاء فالعقد جائز ، ولا عبرة بالمواضعة السابقة إلا إذا تصادقا أنهما تبايعا على تلك المواضعة (رَ : معين الحكام ، الباب الاربعين)

م) ـ الكفالة بمال الوفاء تصحّ مضافة لا في الحال ، إذ المال يجب على البائع بعد الفسخ لا في الحال (رَ : المحل المذكور قبلاً)

ن) ـ باعه جائزاً (أي بيعاً بالوفاء) بوكالة ثم مات موكله لا ينعزل بموته الوكيل (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثامن عشر ، صفحة / 243) . والظاهر أن معنى عدم انعزال الوكيل بموت الموكل في هذه الصورة هو بقاء الحقوق متعلقة بالوكيل ، كما في البيع البات ، فالمراد به دفع توهم أن الوكيل ببيع الوفاء يغاير الوكيل بالبيع البات .

* * *

القاعدة الثالثة (المادة/ 4)

« اليقين لا يزول بالشك »

أولا) ـ الشرح

اليقين لغةً : العلم الذي لا تردد معه ، وهو في أصل اللغة : الاستقرار ، يقال : يقن الماء في الحوض إذا استقر (رَ : تعريفات السيد) . ولا يشترط في تحقق اليقين الاعتراف والتصديق بل يتصور مع الجحود ، كما قال تعالى : (وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم) .

ـ واليقين في اصطلاح علماء المعقول هو : الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت . فخرج بالقيد الأول ، أعني الجازم ، الظن وغلبة الظن ، لأنه لا جزم فيهما . وخرج بالقيد الثاني ما ليس مطابقاً للواقع وهو الجهل وإن كان صاحبه جازماً . وخرج بالقيد الثالث اعتقاد المقلد فيما كان صواباً ، لأن اعتقاده لما لم يكن عن دليل كان عرضة للزوال . فكل ذلك ليس من اليقين في شيء .

لكن المناسب هنا تفسير اليقين بالمعنى الأول اللغوي ، لأن الأحكام الفقهية إنما تبنى على الظاهر ، فكثيراً ما يكون الأمر في نظر الشرع يقيناً لا يزول بالشك في حين أن العقل يجيز أن يكون الواقع خلافه ، وذلك كالأمر الثابت بالبينة الشرعية فإنه في نظر الشرع يقين كالثابت بالعيان ، مع أن شهادة الشهود لا تخرج عن كونها خبر آحاد يجيز العقل فيها السهو والكذب ، وهذا الاحتمال الضعيف لا يخرج ذلك عن كونه يقيناً لأنه لقوة ضعفه قد طرح أمام قوة مقابله ولم يبق له اعتبار في نظر الناظر (رَ : ما سيأتي قريباً).

والشك : التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر ، فإن ترجح أحدهما على الآخر بدليل ووصل ترجيحه إلى درجة الظهور الذي يبني عليه العاقل أموره لكن لم يطرح الاحتمال الآخر فهو الظن . فإن طرح الاحتمال الآخر ، بمعنى أنه لم يبق له اعتبار في النظر لشدة ضعفه ، فهو غالب الظن ، وهو معتبر شرعاً بمنزلة اليقين في بناء الأحكام عليه في أكثر المسائل إذا كان مستنداً إلى دليل معتبر ، وذلك كما إذا رأى إنسان عيناً في يد آخر يتصرف بها تصرفاً يغلب على ظن من يشاهده أنها ملكه ، وكان مثله يملك مثلها ، ولم يخبر الرائيَ عدلان بأنها ملك غيره ، فإنه يجوز له أن يشهد لذي اليد بملكها (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، آخر كتاب الشهادات) .

ومن غير الأكثر بعض مسائل لا تعتبر فيها غلبة الظن ، بل لا بدّ فيها من اليقين :

أ) ـ منها : ما لو عقد الرجل على اختين بعقدين متعاقبين ونسي الأول فإنه يفرّق بينه وبين الثنتين ولا يجوز ترجيح أولية عقد أحدهما على عقد الأخرى بغلبة الظن ، بل لا بدّ من العلم ، لأن التحري لا يجري في مسائل الفروج (رَ : الدرر ، كتاب النكاح، محرمات النكاح).

ب) ـ ومنها ما لو طلق واحدة معينة من نسائه ثم نسيها فإنه لا يجوز له أن يطأ واحدة منهن إلاّ بعد العلم بالمطلقة ، ولا يكفي التحري وتغليب الظن ولا يسع الحاكم أن يخلي بينه وبين نسائه حتى يتبين ، لأن التحري إنما يجوز فيما يباح عند الضرورة ، والفروج لا تحل للضرورة (رَ : الأشباه والنظائر ، القاعدة السابقة منه) .

ج) ـ ومنها الحبل ، فإنهم لم يعتبروا ظهور علاماته دليلاً جازماً على وجود الحمل ولم يبنوا عليه الأحكام الجازمة وإن كان يغلب على ظن كل من رأى المرأة أنها حامل . فلو أوصى إنسان للحمل بشيء أو وقف لا تصح الوصية له أو الوقف عليه إلاّ إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الوقف لكي يتيقن بوجود وقتهما (رَ : الأشباه والنظائر ، القاعدة الرابعة منه) .

ومثل الولادة لأقل من ستة أشهر ، فيما يظهر ، ما لو مات أبوه قبل الوصية له والوقف فإنه تصح الوصية له والوقف ، فقد قال في جامع أحكام الصغار ، في كتاب

الشفعة : « قال محمد رحمه الله تعالى في « الأصل » : والحمل في استحقاق الشفعة والصغير والكبير سواء ، فإن وضعت لأقل من ستة أشهر منذ وقع الشراء فله الشفعة ، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً منذ وقع الشراء فإنه لا شفعة له إلاّ أن يكون أبوه قد مات قبل البيع وورث الحمل فحينئذٍ يستحق الشفعة، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً » .

نعم جعلوا ظهور علامات الحبل أمارة رجحوا بها قول المرأة أنها ولدت عند إنكار الزوج للولادة ووقفوا بها الميراث للحمل . ولينظر فيما إذا علم وجود الحمل قبل الوصية أو الوقف بالمشاهدة بواسطة الأشعة المخترعة حديثاً المسماة « أشعة رونتجن » ، وكانت المشاهدة بطريق مشروع كالتداوي ، ثم ولدته لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية أو الوقف ، فهل يعتبر ذلك موجباً لصحة الوصية والوقف للتيقن بوجود الحمل أو لا يعتبر ؟ والظاهر عدم اعتباره ، فلا بدّ من الولادة لأقل من ستة أشهر ، لا شكاً فيما أظهرته الأشعة ، بل لأنها إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر لا يتيقن حينئذٍ بأن المولود هو الحمل الذي كان شوهد بالأشعة ، لجواز أن المشاهد أسقط ثم حصل بعده حمل جديد .

أما إذا كانت غلبة الظن غير مستندة إلى دليل فلا كلام في عدم اعتبارها مطلقاً ، كما لو غلب على ظن الغاصب حل العين المغصوبة له بناء على احتمال جعل المالك إياه في حل منها ، وكما لو ظفر إنسان بمال الغير فأخذه بناء على احتمال أن مالكه أباحه لمن يأخذه ، فإنه يكون ضامناً ولا تعتبر غلبة الظن هذه مهما قويت ، لأنها غير مستندة إلى دليل ، لأنه من مجرد التوهم ، ولا عبرة بالتوهم (رَ : المادة / 74 / من المجلة) .

إن هذه القاعدة من أمهات القواعد التي عليها مدار الأحكام الفقهية ، وقد قيل إنها تدخل في جميع أبواب الفقه ، والمسائل المخرجة عليها ، من عبادات ومعاملات وغيرها ، يبلغ ثلاثة أرباع علم الفقه .

ومعناها أن ما كان ثابتاً متيقناً لا يرتفع بمجرد طروء الشك عليه ، لأن الأمر اليقيني لا يعقل أن يزيله ما هو أضعف منه بل ما كان مثله أو أقوى .

هذا ، ولا فرق بين أن يكون اليقين السابق : (1) مقتضياً للحظر (2) أو مقتضياً للإباحة، فإن العمدة عليه في كلتا الحالتين ، ولا يلتفت إلى الشك في

عروض المبيح على الأول ، وعروض الحاظر على الثانى .

فمن القسم الأول : ما لو غاب إنسان غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته ، فإن المعتبر اليقين السابق ، وهو حياته ، إلى أن يعلم موته بالبينة أو بموت جميع أقرانه وإن كان احتمال موته قائماً في كل لحظة ، فلا يجوز قبل ذلك قسمة ماله بين الورثة ، ولو كان له وديعة عند آخر فيجب على المستودع حفظها ، فلو أعطاها للورثة يكون ضامناً (رَ : المادة / 785 / من المجلة) .

ومن القسم الثاني : الفروع الآتية الذكر :

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل :

أ) ـ منها : ما إذا كان إنسان يعلم أن بكراً مديون لعمرو بألف مثلاً ، فإنه يجوز له أن يشهد على بكر بالألف وإن خامره الشك في وفائها أو في ابراء الدائن له عنها ، إذ لا عبرة للشك في جانب اليقين السابق .

ب) ـ ومنها : ما إذا كان يعلم أن العين الفلانية كانت ملك بكر ثم نازعه فيها أحد ، فإنه يجوز له أن يشهد لبكر بأن العين ملكه وإن كان يحتمل أنه باعها لمن ينازعه .

ج) ـ ومنها : ما لو ادعى زيد على عمرو ألفاً مثلاً ، فأقام عمرو بينة على الأداء أو الإبراء ، فأقام زيد أيضاً بينة على أن له عليه ألفاً ، فإن بينة زيد هذه لا تقبل من غير أن يبرهن أن الألف المشهود عليها هي غير تلك الألف التي ادعى عمرو أداءها أو الابراء عنها ، لأن فراغ ذمة عمرو بعد البينة التي أقامها أصبح يقيناً ، والألف التي أقام زيد عليها البينة مطلقة ، فيحتمل أن تكون هي المرادة أو المبروء عنها ، فلا تشغل ذمة عمرو بمجرد الشك ، بعد التيقن بفراغها . ولأن الموجب والمسقط إذا اجتمعا يعتبر المسقط متأخراً (رَ : تنقيح الفتاوى الحامدية ، كتاب الدعوى) إذ السقوط بعد الوجوب (رَ : الفتاوى العمادية ، صفحة / 27 / من الطبعة الكستلية ، وما جاء في هذا الكلام على القاعدة /46/ من المجلة) .م

د) ـ ومما فرع عليها من هذا القبيل أيضاً ما في جامع الفصولين : لو أقر أنه

لا حق له فيما بيد فلان، ثم برهن على شيء في يد فلان أنه غصبه منه ، لم يقبل حتى يشهد بغصبه بعد إقراره (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الرابع والثلاثين ، من بحث أحكام الصبيان ، صفحة / 206) . لأن الإبراء يعمل فيما قبله لا فيما بعده ، ولا يعمل فيما بعده إلاّ في مسألة ، وهي : ما لو شرط البائع في البيع البراءة من كل عيب في المبيع دخل العيب القديم والحادث بعد البيع قبل القبض . (رَ : الدرر وغيره ، كتاب البيوع ، خيار العيب) .

هـ) ـ ومنها : ما لو اشترى أحد شيئاً ثم ادعى أن به عيباً وأراد رده ، واختلف التجّار أهل الخبرة فقال بعضهم هو عيب وقال بعضهم ليس بعيب ، فليس للمشتري الرد ، لأن السلامة هي الأصل المتيقن فلا يثبت العيب بالشك (رَ : رد المحتار ، أوائل خيار العيب ، نقلاً عن الخانية) فكذا لو وجد العيب عند البائع ثم عند المشتري ولكن اشتبه فلم يدر أنه عين الأول أو غيره ، فإنه لا يرد (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الخامس والعشرين ، صفحة 346) .

و) ـ ومنها : ما لو رد الغاصب العين المغصوبة على من في عيال المالك، فإنه لا يبرأ ، لأن الرد على من في عياله رد من وجه دون وجه ، والضمان كان واجباً بيقين فلا يبرأ بشك (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثالث والثلاثين ، بحث ما يصدق فيه المودع ، صفحة / 150) .

ز) ـ ومنها : ما لو طلق الرجل زوجته ، وكانت ذات لبن ، وتزوجت بآخر بعد عدتها فحملت منه وأرضعت طفلاً في مدة الحمل ، فإن لبنها لم يزل معتبراً من الزوج الأول ، فتثبت به حرمة الرضاع بالنسبة له ، لأنه كان متيقناً أن اللبن منه ، فلا نحكم بأنه من الثاني بمجرد الشك الحاصل بسبب حبلها من الزوج الثاني ، فإذا ولدت يحكم حينئذٍ بأن اللبن بعد الولادة من الثاني (رَ : الدر وحاشيته رد المحتار ، كتاب الرضاع) .

تنبيه :

إن الشك ، وإن كان لا يقوى على رفع ما ثبت حصوله يقيناً فيما مضى ، فإنه قد يمنع وجوده حصول ما يزيله بعد وجوده ، يدل لذلك ما جاء في جامع الفصولين : برهن المدعى عليه بعد الحكم ، أن المدعي أقر قبل الدعوى أنه لا حق له في العين المدعى بها فإنه لا يبطل الحكم ، لجواز التوفيق بأن يكون لا حق له قبل

الدعوى ثم حدث له حق فادعى ، فلا يبطل الحكم الجائز : بشكٍ ، ولو برهن على ذلك قبل الحكم تقبل ولا يحكم ، إذ الشك يمنع الحكم ولا يرفعه»[1] (رَ : جامع الفصولين ، أواخر الفصل العاشر ، ج 1 / 156 ، برمز « مش » لمنهاج الشريعة ـ ببعض توضيح) . ونقل عن صاحب التنقيح أنه قال عقبها : لكن ينبغي أن يكون هذا مبنياً على القول بأن إمكان التوفيق كاف .

ولكن لم يظهر لي صحة ما ادعاه من البناء المذكور أصلاً ، والذي حمله على القول بهذا قول صاحب جامع الفصولين بجواز التوفيق بأن يكون . . الخ . فإنه اعتبره بياناً لما هو ممكن من التوفيق ، وليس بظاهر بل هو توجيه وتعليل لعدم بطلان الحكم ، بعد وقوعه مستوفياً طريقه الشرعي ، بهذا الدفع المشكوك في إبطاله له ، بخلاف ما قبل وقوعه فإنه دفع له عن الوقوع ، والدفع أسهل من الرفع . ولو كان كما قال لما اختلف حكم الاتيان بالدفع المذكور قبل الحكم عمّا بعده . ويقال كما إنه إذا أتي به بعد الحكم لا يبطل الحكم لإمكان التوفيق ، كذلك إذا أتي به قبل الحكم لا يمنع الحكم لإمكان التوفيق . والواقع خلافه ، فإن الحكم كما ترى مختلف فليتأمل .

هذا ولا تنافي بين ما نقلناه آنفاً ، عن أواخر الفصل العاشر من جامع الفصولين ، وبين ما جاء في الفتاوى الخانية ، من بحث تكذيب الشهود من كتاب الشهادات ولفظه : « في المنتقى : رجل ادعى في يد رجل متاعاً أو داراً أنها له ، وأقام البينة وقضى القاضي له ، فلم يقبضه حتى أقام الذي في يده البينةَ أن المدعي أقر عند غير القاضي أنه لا حق له فيه ، قال : إن شهدوا أنه أقرّ بذلك قبل القضاء بطل القضاء ، وإن شهدوا أنه أقر به بعد القضاء لا يبطل القضاء ، لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً ، ولو عاين القاضي إقراره بذلك كان الحكم على هذا الوجه » انتهى ، ونقله عن الفتاوى الخانية في ردّ المحتار ، أوائل باب الاختلاف في الشهادة .

وبيان عدم التنافي أن قول الفتاوى الخانية : « إن شهدوا أنه أقر بذلك قبل القضاء » معناه أنه قاله قبل القضاء بعد الدعوى لم يبق إمكان لما ذكره في جامع

(1) ـ الظاهر أن هذا ليس على إطلاقه ، بل هو مقيد بما يمكن تكرره وتجدده من الأسباب ، أما ما لا يمكن تجدده من الأسباب فإنه لا يمكن فيه هذا التأويل ، كما لو ادعت المرأة بفرار زوجها المتوفى من ارثها وحكم لها ، ثم برهن الورثة بعده بأن زوجها كان أبانها بطلبها أو أنه كان أبانها في صحته ، أو أنه مات وهي منقضية العدة ، فالظاهر أنه في هذه الصورة يبطل الحكم لعدم امكان تجدد سبب الارث بعد وفاته (رَ : ما سيأتي تحت المادة / 52) .

الفصولين من جواز التوفيق بأنه لم يكن له حق ثم حدث حق فادعى فيبطل القضاء لا محالة ، وعدم بطلان القضاء به فيما إذا شهدوا أنه قاله بعد القضاء إنما هو لكون قوله : « لا حق لي فيه » يتناول الحال فقط ، وليس من ضرورة انتفاء الحق في الحال انتفاؤه في الماضي. بخلاف ما إذا قال بعد القضاء: «لم يكن لي فيه حق» فإنه يبطل القضاء ، لأنه يتناول الماضي (رَ : الفتاوى الهندية ، كتاب القضاء ، الباب العاشر) .

ثالثاً) ـ المستثنى

يستثنى من القاعدة المذكورة :

ما لو ادعى المشتري عيباً في المبيع موجباً لرده على البائع ، بعد قبضه المبيع ، فإنه لا يجبر على دفع الثمن للبائع حتى تنتهي الخصومة في العيب ، فإن ثبت قدم العيب عند البائع يفسخ القاضي البيع ، فإن عجز المشتري عن الإثبات يجبر على دفع الثمن حينئذٍ . (رَ : تنوير الأبصار وغيره ، من خيار العيب) . فقد زال اليقين هاهنا، وهو وجوب دفع الثمن المتيقن به للحال بمجرد الشك ، وهو قدم العيب[1] المحتمل الثبوت وعدمه .

* * *

(1) اقول : وكذا اصل العيب (لا قدمه فقط) لأن اصل العيب يحتاج إلى اثبات ، ولا يكفي مجرد ادعاء العيب لإثبات قدمه إذ قد يكون الشيء الذي يزعمه المشتري عيباً ليس بعيب بالنسبة لهذا المبيع . فالواجب عند ادعاء العيب اثبات كونه عيباً أولاً ، ثم الانتقال إلى البحث في قِدَمه كما هو معلوم واطلاق التعبير في النص المنقول بأن ادعاء العيب يمنع اجبار المشتري على دفع الثمن يشمل الخلاف في اصل العيب أو في قدمه.

القاعدة الرابعة (المادة/ 5)

« الأصل بقاء ما كان على ما كان »

أولا) ـ الشرح

« الأصل بقاء ما كان على ما كان ، حتى يقوم الدليل على خلافه » لأن الأصل إذا اعترض عليه دليل خلافه بطل (رَ : رد المحتار ، كتاب الدعوى ، آخر دعوى الرجلين ، نقلاً عن الزيلعي) .

- الأصل في اللغة : أسفل الشيء ، وفي الاصطلاح يطلق على معان كثيرة ، منها أنه يستعمل بمعنى القانون والقاعدة المنطبقة على جزئياتها (رَ : كليات أبي البقاء) ، وهو المراد هنا .

- ومعنى هذه القاعدة أنه إذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه ، وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة ، فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها ، حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك فيصار حينئذ إليه .

وذلك الدليل أحد أربعة أشياء : البينة ، والإقرار ، والنكول ، والأمارة الظاهرة ؛ على أن النكول يرجع الى مجرد القرينة الظاهرة (رَ : ما سيأتي عن معين الحكام أثناء الكلام على القاعدة الثامنة : « الأصل براءة الذمة » .) . فأما البنية والإقرار والنكول فأمثلتها واضحة معلومة ، وأما الأمارة الظاهرة فكتحكيم الحال الآتي قريباً في الكلام على النوع الثاني من نوعي الاستصحاب .

إن هذه القاعدة ليست من القواعد الكلية التي ليست داخلة تحت غيرها ، بل هي ـ وما بعدها من القواعد الآتية حتى المادة / 13 / ـ من فروع المادة الرابعة المتقدمة وهي « اليقين لا يزول بالشك » وداخلات تحتها .

ثانيا) ـ التطبيق

يتفرّع على هذه القاعدة مسائل كثيرة :

أ) ـ منها : ما لو ادّعت الزوجة على زوجها عدم وصول النفقة المقدرة إليها ، وادعى الزوج الإيصال ، فالقول قولها بيمينها ، لأن الأصل بقاؤها بعد أن كانت ثابتة في ذمته حتى يقوم على خلافه دليل من بينة أو نكول .

ومثله : كل مدين ، فلو ادعى المستقرض دفع الدين إلى المقرض ، أو ادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع ، أو ادعى المستأجر دفع بدل الإجارة إلى المؤجر ، وانكر المقرض والبائع والمؤجر القبض فالقول قولهم ، لأن الأصل بقاء مبلغ القرض والثمن والأجرة بعد ثبوتها في الذمة .

ب) ـ ومنها : ما لو اختلف البائع والمشتري في مضي مدة خيار الشرط ، أو في مضي مدة أجل الثمن ، فالقول لمنكر المضي ، لأنهما تصادقا على ثبوت الخيار والأجل ثم ادعى أحدهما السقوط ، والأصل بقاؤهما بعد الثبوت (رَ : الدرر وحاشيته ، أواخر خيار الشرط من كتاب البيوع) .

ج) ـ ومنها : ما لو باع إنسان شيئين صفقة واحدة فهلك أحدهما عند المشتري وجاء بالآخر ليرده بعيب فيه على البائع بحصته من الثمن ، فاختلفا في قيمة الهالك ، فالقول للبائع . (رَ : رد المحتار ، من البيع الفاسد ، عند قول المصنف : وفسد بيع زيت على أن يزنه في ظرفه ويطرح عن الظرف كذا رطلاً) لأن الثمن جميعه ثابت في ذمة المشتري فالأصل بقاء القدر المختلف فيه في ذمته حتى يبرهن على دعواه .

د) ـ ومنها : ما لو ادعت امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة ، صدقت بيمينها ، ولها نفقة العدة ، لأن الأصل بقاء العدة بعد وجودها .

* * *

يطلقون على هذا الأصل المذكور ، أعني قاعدة بقاء ما كان على ما كان ، لفظة (الاستصحاب) ، وهو عبارة عن الحكم على أمر ثابت في وقت بثبوته في وقت آخر .

وهو نوعان :

الأول) ـ جعل الأمر الثابت في الماضي مستصحبا للحال ، ومن هذا النوع هذه

القاعدة وما تفرع عليها .

الثاني) ـ جعل الأمر الثابت في الحال مستصحباً ومنسحباً للماضي ، وهو المسمى بالاستصحاب المعكوس ، وبتحكيم الحال . وأمثلته كثيرة :

منها : ما لو كان للابن الغائب مال عند أبيه ، فأنفق الأب منه على نفسه ، ثم اختلفا فقال الابن للأب : إنك انفقت على نفسك منه وأنت موسر ، وقال الأب : أنفقت وأنا معسر ، ولا بينة لأحدهما ، فإنه يحكم الحال ؛ فلو كان حال الخصومة معسراً فالقول له ، ولو موسراً فالقول لابنه ، ولو برهن كل من الأب والابن على دعواهما تقدم بينة الابن (رَ : الدر المختار ، أواخر النفقة) ،فقد جعل اليسار أو الإعسار القائم في الحاضر منسجماً مع الماضي . وإنما لم يجعل القول قول مدعي الإعسار مطلقاً على أنه الصفة الأصلية في الإنسان ، والأصل اعتبار بقائه ، لأن اعتبار بقاء ما كان على ما كان إنما هو عند قيام دليل على خلافه (رَ : ما أسلفناه في أول الكلام على هذه القاعدة) ولما كان قيام صفة اليسار حين الخصومة أمارة ظاهرة في تأييد كلام مدعيه طرح ذلك الأصل لقيام الدليل على خلافه واعتبر القول لمدعي اليسار . [1]

ومنها : ما لو ادعى المستأجر سقوط الأجرة بزعم أن المأجور غصب منه ففات الانتفاع به وأنكر المؤجر ذلك فإنه يحكم الحال وينظر : إن كان المأجور في يد الغاصب حين الخصومة فالقول للمستأجر ، وإن لم يكن في يد غاصب فالقول للمؤجر (رَ : الذخيرة ، من كتاب الاجارة ، الباب الثاني والعشرين) . والحالة الثانية ، وهي عدم كونه في يد غاصب ، تشمل صورتين ، إحداهما : أن يكون في يد المستأجر ، والثانية : أن لا يكون في يد أحد .

ومنها : ما لو باع الأب مال طفله ثم بلغ ، فادعى ـ بعد بلوغه ـ على المشتري

(1) ـ هذا وقد نقل هذه المسألة في الباب التاسع والثلاثين من جامع الفصولين عن قاضيخان ، واستشكلها بما معناه أن تحكيم الحال من قبيل العمل بالظاهر ، والظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ، فكيف يجعل الأب بظاهر إعساره بريء الذمة من إتلاف مال ابنه في نفقة نفسه وقد ثبت إتلافه له يقينا فلا يبرأ إلا بيقين مثله وذلك أن يقيم بيِّنة على الاعسار ولا يكفي ظاهر الحال فينبغي أن لا يصدق في دعواه الإعسار إلا ببينة . انتهى بالمعنى . ثم أجاب عنه بعد كلام بقوله : فلو رد ، أي الإشكال ، بأن الأخذ مع اليسار هو الذي يوجب الضمان نصا لا مطلق الأخذ ، والمتيقن هو الأخذ لا اليسار ، فلم يثبت سبب الضمان فالظاهر يدفع استحقاق فله وجه . انتهى . وهو حسن .

أن البيع كان بغبن فاحش والمشتري ينكر ذلك ، فإنه يحكم الحال لو لم تكن المدة قدر ما يتبدل به السعر (ر : جامع الفصولين ، الفصل السابع والعشرين ، صفحة / 28).

ومنها : مسألة اختلاف مؤجر الطاحون ومستأجرها في أصل انقطاع مائها المذكورة في المادة / 1776 / من المجلة . ومسألة الاختلاف في حدوث طريق الماء الذي يجري إلى دار إنسان وقدمه المذكورة في المادة / 1777 / منها .

وقد اختلف في حجية الاستصحاب بنوعيه ، والمشهور في المذهب أنه يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ، (رَ : الأشباه والنظائر ، وجامع الفصولين ، أوائل الفصل السادس والثلاثين منه) .

وذلك : كما لو تنازع اثنان في جدار ، وكان لأحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال تربيع ، فذو التربيع أولى ، إذ الاستعمال بالتربيع ـ وهو تداخل أطراف اللبنات حين بنائه ـ سابق على الاستعمال بالجذوع ، إلا أنه لا ترفع جذوع الآخر لأن اتصال التربيع من قبيل الظاهر ، والملك الثابت به ثابت بنوع ظاهر ، والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق .

بخلاف ما لو برهن ذو التربيع أن الحائط له ، فإن جذوع الآخر ترفع ، إذ البيِّنة حجة تصلح للدفع والاستحقاق على الغير (رَ : جامع الفصولين ، الفصل السادس والثلاثين ، صفحة 278 ، موضحاً) ثم أعاد المسألة ثانياً ، في صفحة / 280 / ، وحكى الإجماع على أن جذوع الآخر ترفع لو برهن الخصم . ولا يخفى أن ما ذكره من أن جذوع الآخر ترفع عند الإثبات بالبينة إنما هو إذا لم يثبت قدم وضعها ، أما إذا ثبت أنها موضوعة من القديم فإنها لا ترفع ، إذ ظهر أنها موضوعة بحق ، فإن القديم يترك على قدمه (رَ : ما سيأتي في القاعدة التالية لهذه) .

وكما في مسألة المفقود ـ وهو الغائب غيبة منقطعة بحيث لا يعرف موته أو حياته ـ فإنه يعتبر حياً في حق نفسه ، أي في دفع استحقاق الغير منه ، إلى أن يثبت موته حقيقة بالبينة أو حكماً بأن يقضي القاضي بموته بعد موت جميع أقرانه ، فلا يقسم ، قبل ذلك ، ماله بين ورثته ولا تفسخ إجارته . ولو كان له وديعة عند أحد يجب على المستودع حفظها ، وليس لأحد من وارث أو قاض أن يأخذها منه إذا كان مأموناً عليها (رَ: ما تقدم في شرح المادة الرابعة).

ويعتبر كالميت في جانب الاستحقاق من غيره ، لأن استصحاب حياته السابقة لا يكفي حجة للاستحقاق ، فلا يرث من غيره بل يوقف نصيبه من المورث ، فإن ظهر حياً أخذه ، وإن ثبت موته حقيقةً أو حكماً أعيد النصيب إلى ورثة ذلك المورث (رَ : الدرر وحاشيته ، كتاب المفقود) .

وكما لو مات نصراني مثلاً فجاءت امرأته مسلمة وقالت : أسلمت بعد موته فلي الميراث ، وقال الورثة : أسلمت قبل موته فلا ميراث لك ، فالقول للورثة لا للمرأة ، فهنا كل من الطرفين متمسك بنوع من الاستصحاب ، فالمرأة تريد إستحقاق الارث تمسكاً بالاستصحاب الحقيقي ، وهو استمرارها إلى ما بعد موت زوجها على دينه الذي كانت تدين به ، والاستصحاب لا يكفي حجة للاستحقاق ، والورثة يدفعونها عن استحقاق الإرث تمسكاً بالاستصحاب المعكوس ، وهو انسحاب مانع الإرث القائم بالمرأة حين الخصومة ، أعني إسلامها ، إلى ما قبل موت الزوج ، والاستصحاب يكفي حجة للدفع ، فكان القول لهم .

أما لو مات المسلم وله امرأة نصرانية مثلاً ، فجاءت بعد موته مسلمة وقالت : أسلمت قبل موته فلي الميراث ، وقال الورثة : أسلمت بعد موته ، فإنه لا يكون القول قولها حكماً لها بالاستصحاب المعكوس المتقدم ، وذلك لأنها تريد به استحقاق الارث ، وهو لا يصلح حجة للاستحقاق بل يكون القول للورثة أيضا حكماً بالاستصحاب الحقيقي وهو بقاؤ ها على دينها إلى ما بعد الموت ، لأن الورثة يدفعونها بذلك عن الاستحقاق (رَ : الاشباه والنظائر) ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا حيث يضيفون إسلامها الحادث لأقرب أوقاته (رَ : ما سيأتي في مستثنيات المادة / 11).

هذا ، وإنما كان الاستصحاب غير حجة في الاستحقاق لأنه من قبيل الظاهر ، ومجرد الظاهر لا ينتهض حجة في إلزام الغير ، ولما كان الاستحقاق على الغير إلزاماً له لم يكتف فيه بالظاهر . قال الإمام الكرخي في أصوله : « الأصل أن الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق» وقال الإمام النسفي في شرح ذلك : « من مسائل هذا الأصل أن من كان في يده دار فجاء رجل يدعيها فظاهر يده يدفع استحقاق المدعى ، حتى لا يقضى له إلا بالبيِّنة . ولو بيعت دار لجنب هذه الدار فأراد أخذ الدار المبيعة بالشفعة بسبب الجوار لهذه الدار ، فأنكر المدعى عليه أن تكون هذه الدار التي في يده مملوكة له ، فإنه بظاهر يده لا يستحق الشفعة ما لم يثبت

أن هذه الدار ملكه .

وذكر ابن نجيم في الاشباه ، نقلاً عن التحرير ، أن الأوجه أن الاستصحاب ليس بحجة مطلقاً لا في الدفع ولا في الاستحقاق ، وأن ما يدل بظاهره من الفروع على أنه حجة في الدفع فليس في الحقيقة احتجاجاً بالاستصحاب ، بل باستمرار العدم الذي هو الأصل في الأشياء .

هكذا ذكروا ، ولم يظهر لي ، لأن استمرار العدم في المسائل العدمية هو عين الاستصحاب المذكور ، ولا فرق بينهما إلا في التعبير . على أن كثيراً من الأمور التي حكموا فيها بالاستصحاب ليست من الأمور العدمية حتى يصح أن يقال فيها إن الاحتجاج بها من قبيل الاحتجاج باستمرار العدم الأصلي ، بل هو من الأمور الوجودية العارضة ، كما في مسألة اختلاف الأب والابن في اليسار والإعسار المتقدمة ، فقد حكم فيها بيسار الأب الماضي لما كان موسرا وقت الخصومة ، فكيف يمكن أن يعتبر هذا حكماً باستمرار العدم الأصلي ؟ . . .

(ثالثا) ـ المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل :

منها : ما تقدم في المادة / 3 / من أن المودع إذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها ، والمالك ينكر ، فالقول للمودع ، مع أن الأصل بقاؤ ها عنده ، وذلك لأن كل أمين ادعى رد الأمانة إلى مستحقها فالقول قوله بيمينه ، لأن الأصل براءة الذمة وعدم التعدي والتقصير .

ومنها : ما لو ادعت المرأة مضي عدتها في مدة تحتمل ، صدقت بيمينها (رَ : التنوير ، باب العدة) مع أن الأصل بقاء العدة بعد وجودها ، وذلك لأن مضي العدة من الأمور التي لا تعلم إلا منها ، فإذا لم يقبل قولها في مضيها لا يمكن ثبوت مضيها أصلا ، فقبل قولها في ذلك ضرورة .

* * *

القاعدة الخامسة (المادة/ 6)
« القديم يترك على قدمه »

أولاً) ـ الشرح

[« القديم يترك على قدمه »] إلا إذا قام الدليل على خلافـه ، كما في المادة / 1224 / من المجلة .

القـديم : هو الـذي لا يوجـد من يعـرف أولـه . (رَ : المادة / 166 / من المجلة) .

ومعنى هذه القاعدة أن المتنازع فيه إذا كان قديماً تراعى فيه حالته التـي هو عليها من القديم ، بلا زيادة ولا نقص ولا تغيير ولا تحويل .

وإنما لم يجز تغيير القديم عن حاله أو رفعه بدون إذن صاحبه لأنه لما كان من الزمن القديم على هذه الحالة المشاهدة فالأصل بقاؤه على ما كان عليه ، ولغلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي (رَ : الفتاوى الخيرية ، فصل الحيطان)

فلو كان لأحد جناح في داره ممدود على أرض الغير ، أو كان لداره مسيل ماء أو أقذار في أرض الغير ، أو كان له ممر إلى داره مثلاً في أرض الغير ، وكان ذلك الجناح أو المسيل أو الممر قديماً لا يعرف أحد من الحاضرين مبدأ لحدوثه ، فأراد صاحب الأرض أن يمنع صاحب الدار من مد الجناح أو التسييل أو المرور في أرضه ، أو أراد أن يحول المسيل أو الممر ويغيره عن حاله القديم فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه (رَ : المواد / 1224 و 1225 1229/ من المجلة) .

وكذا ليس لصاحب الحق نفسه أن يحوله من جهة إلى جهة ، أو يصرف الممر مثلاً إلى دار أخرى له ، إلا إذا أذن له الآخر ، وللآذن ولورثته من بعده الرجوع عن

هذا الإذن وتكليف صاحب الحق بإعادته إلى الحالة الأولى . ووجه جواز الرجوع ، كما في الخانية ، ان ذلك الاذن من قبيل الإعارة ، وهي غير لازمة . بخلاف ما لو بنى صاحب الأرض بناء في الممر بإذن صاحب حق المرور فإنه يسقط حق مروره ولا يكون له بعد ذلك حق المخاصمة مع صاحب الأرض لاستعادته ، لأن إذنه ذلك إسقاط لحقه ، إلا إذا كان صاحب الحق مالكاً لرقبة الطريق فلا يمنع من المخاصمة واستعادته بعد إذنه بالبناء ، لأن الملك لا يسقط بالإسقاط ، قال في فصل الأنهار من الفتاوى الخانية : « ولو قال صاحب المسيل : أبطلت حقي في المسيل ، فإن كان له حق إجراء الماء دون الرقبة بطل حقه ، وإن كان له رقبة المسيل لا يبطل ذلك بالإبطال» .

وكذلك لو كان نهر ، بين قوم ، يأخذ الماء من النهر الأعظم ، فمنهم من له فيه كوتان ومنهم من له ثلاث ، فقال أصحاب الكوى السفلى لأصحاب العليا : إنكم تأخذون من الماء أكثر من نصيبيكم ، لأن كثرة الماء ورفعه يكون في أعلى النهر فيدخل في كواكم شيء كثير ، ونحن لا نرضى بهذا ، ونجعل لكم أياما معلومة ونسدّ في أيامكم كوانا ولنا أياماً معلومة وأنتم تسدون فيها كواكم ، فليس لهم ذلك ، بل يترك على حاله كما كان . وكذا لو اختصم أهل النهر فادعى بعضهم زيادة لم يكن ذلك إلا بحجة . والأصل في جنس هذا أن ما كان قديماً يترك على حاله ولا يغير إلا بحجة (رَ : الفتاوى الخانية ، فصل الأنهار) .

لا يشترط في اعتبار التصرف القديم أن يكون ما يتصرف به قائماً في يد المتصرف إلى حين الخصومة ، بل يكفي أن يثبت المدعي وجوده في يده قبل الخصومة ، وأن المدعى عليه أحدث يده عليه ومنع المدعي منه ، فإنه يحكم به للمدعي ، لأن اليد الحادثة لا عبرة بها بل العبرة لليد الحقيقية (رَ : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، كتاب الدعوى ، أوائل دعوى الرجلين ، ج 7 / 256)

وقد نصوا أنه لو كان لرجل نهر يجري في أرض غيره لسقي أراضيه ، وهو في يده يكريه ويغرس في حافتيه الأشجار مثلاً ، فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه فليس له ذلك ، بل يترك على حاله ، لأن من هو في يده يستعمله بإجراء مائه ونحوه ، فعند الاختلاف القول قوله ، فلو لم يكن في يده ولم يكن جارياً وقت الخصومة ، فإن كان يدعي رقبة النهر فعليه أن يثبت أنه له ، وإن كان يدعي حق

الإجراء في النهر فعليه أن يثبت أنه كان يجري من القديم لسقي أراضيه ، فيحكم له حينئذ بملك رقبة النهر في الصورة الأولى ، وبحق الإجراء في الثانية .

وبمثل ذلك يحسم الاختلاف إذا وقع في حق المرور ، أو حق التسييل في أرض أو على سطح ، أو في دار ، أو في طريق خاص ، أو بين علو وسفل (رَ : الهداية وشروحها والملتقى والتنوير ، فصل الشرب ، والمادة / 1177 / من المجلة) .

هذا ، ثم إذا جهل حال المتنازع فيه ولم يعرف هل هو قديم أو حادث ، فالأصل فيه أنه إن كان في طريق خاص يعتبر قديماً حتى يقوم الدليل على خلافه ، وإن كان في طريق العامة يعتبر حديثاً ، فللإمام أن ينقضه (رَ : شرح المادة / 1224 / من مرآة المجلة) .

والمراد بالطريق الخاص في قولهم : « فالأصل فيه أنه إن كان في طريق خاص يعتبر قديماً » هو ما كان مملوكاً رقبة لقوم وليس للعامة فيه حق أصلاً ، كما إذا كانت أرض مشتركة بين قوم بنوا فيها مساكن وجعلوا بينهم منها طريقاً حتى كان مملوكا لهم على الخصوص ، فأما إذا كانت السكة مختطة من الأصل فحكمها حكم طريق العامة ولو غير نافذة إذ هي ملك العامة ، ألا يرى أن لهم أن يدخلوها عند الزحام . وهذا التفسير يأتي في جميع الأحكام التي تذكر في غير النافذة (رَ : جامع الفصولين الفصل الخامس والثلاثين ، صفحة / 263 / نقلاً عن خواهر زاده) .

اختلف الافتاء في اعتبار التصرف القديم في الحقوق ، فأفتى المرحوم خير الدين الرملي ، في سؤال رفع إليه ، بما يفيد عدم اعتباره ، وأنه لا بد من إقامة البينة على الحق المدعى به بخصوصه ، وتمسك بمسائل نصوا عليها ، وهي أن من ادعى حق المرور أو رقبة الطريق ، وأقام بينة شهدت له بأنه كان يمر في هذه لا يستحق بذلك شيئاً ، وان الشاهد إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالملك بناء على معاينة اليد لا تقبل شهادته .

واستشهد له المرحوم ابن عابدين ، في تنقيح الفتاوى الحامدية ، بما نصوا عليه من أن الوقف إذا كان على القرابة ، وادعى رجل انه من القرابة وأقام بيِّنة شهدت أن الواقف كان يعطيه كل سنة مع القرابة لا يستحق بهذه الشهادة شيئاً ، وكذا لو شهدوا بإعطاء القاضي له مع القرابة كل سنة لا يكون إعطاء القاضي حجة ، انتهى .

وكل هذه الفروع لا تصلح للتمسك ، لأن الدعوى والشهادة فيها ليست من قبيل دعوى التصرف القديم المفسر بما تقدم ، ولا من قبيل الشهادة به كما هو ظاهر . كيف وكتب المذهب والفتاوى ناطقة بلزوم اعتباره ، وقد أفتى باعتباره حامد أفندي العمادي ، في محلات عديدة من فتاويه ، ووافقه عليها نفس المرحوم ابن عابدين ، ونقل عن الشيخ إسماعيل الحائك أنه أفتى باعتباره أيضاً ، وكل ذلك بناء على ما صرحوا به في كتب المذهب من اعتباره . وصرحوا أيضاً بأن اعتباره هو الاستحسان ، وان عليه الفتوى .

لو ادعى أحد الخصمين الحدوث ، وادعى الآخر القدم ، فالقول قول من يدعي القدم ، والبينة بينة من يدعي الحدوث (رَ : تنقيح الفتاوى الحامدية ، والمادة / 1768 '/ من المجلة) .

بقي هاهنا شيء يكثر وقوعه ، ولم أر من تعرض له ، وهو ما لو ادعى أحدهما الحدوث وادعى الآخر مرور الزمن ، فهل يكلف مدعي الحدوث البيِّنة أو يكلف البينة مدعي مرور الزمن ؟

لقائل أن يقول بالأول ، وأنه إذا ثبت الحدوث لا تسمع دعوى مرور الزمن ، وذلك لأن مدعي القدم يدعي مضي مدة على الأمر المتنازع فيه هي أضعاف مدة مرور الزمن ، لأن القديم ، كما تقدم ، ما لا يوجد من يعرف أوله ، وهذا لا يكون غالباً إلا بعد أن يمضي عليه أكثر من ثمانين أو تسعين سنة ، وقد تقدم ، في الكلام على القاعدة الثانية ، أن كون العبرة للمعاني يجري في الدعاوى والخصومات أيضاً ، فكأنه بدعوى القدم يدعي مرور الزمن مضاعفاً ، ولم يجعلوا له ، والحالة هذه ، غير كون القول قوله فقط ، ولم يجعلوا البينة بينته بل جعلوا البينة بينة مدعي الحدوث بلا استثناء .

ولو قلنا بتقديم بينة مرور الزمن لم يبق من فائدة لتدوين ما بني على اعتبار القدم والحدوث من الأحكام ، ولأصبح كثير من مواد المجلة التي تدور عليها سدى ومعطلاً عن العمل به ، كهذه المادة والتي بعدها ، ومادة / 1224 و 1228 و 1229 و 1230 و 1232 / ، وليس ادعاء ذلك والإقدام عليه بالأمر السهل ! .

ولقائل أن يقول بتقديم بيِّنة مدعي مرور الزمن وذلك لأن مدعيه يدعي عدم صلاحية الحاكم لرؤية الدعوى عليه ، فهو في الحقيقة ينازع الحاكم في ذلك قبل

الدخول في الدعوى ، فإذا ثبت مرور الزمن تبين أن الحاكم ليس بحاكم في هذه الدعوى ، بخلاف ما إذا ادعى العدم دون مرور الزمن فإنه يكون حينئذ قد اختار جهة الدخول في الدعوى ، وأجاب خصمه عنها ، وذلك منه تسليم لصلاحية الحاكم لسماع الدعوى عليه ، وحيث كان خصمه يدعي الحدوث فالبينة بينته ، وهذا بلا شك أوجه وأمتن . والله سبحانه أعلم .

* * *

القاعدة السادسة (المادة/ 7)
« الضرر لا يكون قديماً »

أولاً) ـ الشرح

المعنى أن الضرر قديمه كحديثه في الحكم ، فلا يراعى قدمه ولا يعتبر ، بل يزال . وليس المراد أنه لا يتصور تقادم عليه بحيث لا يوجد من يعرف أوله .

إن هذهَ القاعدة بمنزلة القيد للتي قبلها ، فوضعت عقبها لإفادة أن القاعدة السابقة ليست على إطلاقها ، بل هي مقيدة بأن لا يكون القديم ضرراً ، فلو كان ضرراً فإنه يزال ولا عبرة بقدمه ، على ما سيأتي تفصيله ، كما صرحت به المادة بقولها : أي إذا كان القديم . . الخ . وذلك لأن القديم إنما اعتبر لغلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي (رَ : ما قدمناه في القاعدة السابقة عن الفتاوى الخيرية) فإذا كان مضراً يكون ضرره دليلاً على أنه لم يوضع بوجه شرعي ، إذ لا وجه شرعياً يجوز الإضرار بالغير (رَ : المادة / 19/ من المجلة) .

ثانياً) ـ التطبيق وتتمة الشرح

ثم إن المراد بالضرر الذي يزال ولا يراعى قدمه ما كان ضرراً بيناً ، أي فاحشاً .

وبيان ذلك أن الضرر قسمان : (1) عام (2) وخاص .

1) ـ أما العام فإنه يزال مطلقاً بلا تفصيل فيه بين الفاحش وغير الفاحش ، لأنَّ كونه عاماً يكفي لاعتباره فاحشاً ، كما لو كان لدار مسيل ماء أو أقذار في الطريق

العام يضر بالمارين ، أو غرفة بارزة وطيئة تمنع الناس من المرور تحتها لتسفلها ، فإن كل ذلك يزال مهما كان قديماً (رَ : المادة / 1214 و 1224 / من المجلة) .

2) ـ وأما الخاص فهو نوعان : فاحش ، وغير فاحش .

أ) ـ فالفاحش يزال كما يزال الضرر العام ، ولا عبرة لقدمه ، وذلك كما لو كان لرجل مسيل ماء أو أقذار يجري في دار آخر من القديم ، وكان يوهن بناء الدار أو ينجس ماء بئرها ، فإن لصاحب الدار أن يكلف ذلك الرجل بإزالة هذا الضرر بصورة تحفظ البناء من التوهين والماء من التنجيس بأي وجه كان .

ومثله ما ذكره في الفتاوى الخانية ، في فصل الأنهار ، بقوله : بالوعة قديمة لرجل على شفة نهر يدخل في سكة غير نافذة ، قال أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى : لا عبرة للقديم والحديث في هذا ، ويؤمر برفعه فإن لم يرفعه يرفع الأمر إلى صاحب الحسبة ليأمره بالرفع . انتهى .

وكذا لو كان داران قديمتان ولإحداهما مطل أو شباك من القديم على مقر النساء في الدار الأخرى ، فإن صاحب المطل أو الشباك يجبر على إزالة هذا الضرر ، بمنع النظر بوجه من الوجوه . فلو كانت الدار التي فيها المطل أو الشباك هي قديمة فجاء آخر فأحدث بجانبها داراً بحيث صار المطل أو الشباك مشرفاً على مقر النساء فيها ، فإن صاحب الدار الحديثة هو الذي يكلف حينئذ بإزالة هذا الضرر عن نفسه لأنه هو محدثه والمتعرض له (رَ : المادة / 1207 / من المجلة) .

ب) ـ وأما الضرر الخاص غير الفاحش ، كما لو كان لدار رجل حق إلقاء القمامات والثلوج أو حق التسييل في أرض الغير أو في طريق خاص ، فإن كل ذلك فيه نوع ضرر ولكنه دون الضرر السابق الفاحش . فإذا كان من القديم يعتبر قدمه ويراعى ولا يجوز تغييره أو تبديله بغير رضا صاحب الحق ، كما تقدم مفصلاً في شرح القاعدة السابقة ، لأنه يمكن حينئذ أن يكون مستحقاً بوجه من الوجوه الشرعية .

هذا ولم أرَ من أفصح عن ضابط كلي يميز الضرر الفاحش من غير الفاحش ، وتطبق عليه الفروع المذكورة وأمثالها . وإنما بينت المجلة الضرر الفاحش في المادة / 1199 / بأنه كل ما يمنع الحوائج الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، أو يضر بالبناء ويوهنه . لكن هذا كما ترى غير مفيد في تمييز الفاحش من غيره الفائدة

المطلوبة ، لأن الحوائج الأصلية كلمة مجملة تتنازع فيها الأفهام وتتخالف في تحديدها، على أن موضوع مادة المجلة المذكورة في الضرر الذي يريد الإنسان إحداثه مجدداً بإزاء جاره ، لا في تقسيم الضرر القديم الذي نتكلم الآن فيه ، وفرقٌ بينهما .

فالذي يظهر من إجالة النظر في الفروع المتقدمة وتعاليلها والوجوه التي بها اختلفت أحكامها أن يقال : الضابط لذلك هو :

« أن كل ما يمكن أن يستحق على الغير بوجه من الوجوه الشرعية فهو ليس بضرر فاحش ، فتجب حينئذ مراعاة قدمه إذا كان قديما ، وما لا يمكن أن يستحق على الغير بوجه شرعي فهو ضرر فاحش ، ويرفع مهما كان قديماً . »

فمثل توهين بناء الغير ، وتنجيس ماء بئره ، والنظر إلى مقر نسائه لا يمكن أن يستحقه الإنسان على الغير بوجه من الوجوه .

ومثل حق المرور أو التسييل في أرض الغير ، وحق وضع الجذع على جدار الغير ، ومد الجناح أو الغرفة البارزين الواطئين في ملك الغير والطريق الخاص مما يمكن أن يستحقه الإنسان على الغير بوجه شرعي ، كما لو كانت الداران مشتركتين على الشيوع بين رجلين فاقتسماها واختص كل واحد بواحدة على شرط بقاء الحقوق المذكورة ، أو أن من كانتا في ملكه باع إحداهما وشرط حين البيع إبقاء الحقوق له في الدار المبيعة ، فإن تلك القسمة وذلك البيع والشرط صحيحان (رَ : المادة / 1166 / من المجلة ، ورد المحتار ، كتاب البيوع ، باب الحقوق ـ نقلاً عن النوازل .)

ويؤيد هذا الضابط ما قدمناه ، في القاعدة السابقة عن الفتاوى الخيرية ، من أن علة وجوب إبقاء القديم على قدمه هي غلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي ، فقد أشعر هذا التعليل بأن القديم الذي يراعى قدمه هو الذي يمكن أن يستحق بوجه شرعي فيترك ولا يلتفت إلى دعوى الجار التضرر منه ، وأنه ما لا يمكن أن يستحق بوجه شرعي يكون ضرراً فاحشاً فيزال ولا عبرة لقدمه للجزم بأنه لم يوضع بحق .

ويؤيده أيضاً قول المادة / 1224 / من المجلة ، في بيان عدم اعتبار الضرر القديم ، ما لفظه : « أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له ، فإن المخالف

للشرع هو الذي لا يمكن أن يستحق بوجه شرعي ، إذ لو أمكن أن يستحق على الغير بوجه شرعي لا يمكن أن يكون مخالفاً للشرع » .

* * *

القاعدة السابعة (المادة/ 8)
« الأصل براءة الذمة »

أولاً) ـ الشرح

« الأصل براءة الذمة » لأن الذمم خلقت بريئة غير مشغولة بحق من الحقوق (رَ : ما ذكره الإمام النسفي في إيضاح قواعد الكرخي) .

الذمة لغة : العهد ، واصطلاحاً : « وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له أو عليه » . ومنهم من جعلها ذاتاً فعرفها بأنها : « نفس لها عهد » فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه» (رَ : تعريفات السيد) .

من المعلوم أنه عند تنازع الخصمين تتخالف مزاعمهما نفياً وإثباتاً ، فيحتاج في فصل الخصومة إلى مرجح يرجح به ، في مبدأ الأمر ، زعم أحدهما على زعم الآخر . ولدى تتبع المسائل والنظر في وجوه الترجيح الأولية ، وفي تقديم أحد المرجحات على الآخر إذا تعارضت ، بعد ذلك يظهر أن الترجيح ، في مبدأ الأمر ، يكون بأحد شيئين ، هما : الأصل ، والظاهر .

أما الأصل ـ وقد تقدم تفسيره في شرح المادة الخامسة ـ فأنواعه كثيرة :

ـ منها : هذه القاعدة ، وهي براءة الذمة .

ـ ومنها : كون اليقين لا يزول بالشك .

ـ وكذا : الأصل بقاء ما كان على ما كان .

ـ وكون الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته .

ـ وكون الأصل فيما جهل قدمه وحدوثه أن يعتبر قديماً إذا كان في ملك

خاص ، وحادثاً إذا كان في غيره (رَ : ما قدمناه عن جامع الفصولين ، الفصل الخامس والثلاثين ، في شرح المادة السادسة) .

ـ وكون الأصل في الكلام الحقيقة .

ـ والأصل في الصفات والأشياء العارضة العدم ، والصفات الوجودية الوجود .

ـ وككون الأصل في البيع أن يكون باتاً قطعياً .

ـ وكون الأصل في العقود ـ غير المزارعة بعد وجودها ـ أن تكون صحيحة ، فلو اختلف العاقدان في صحة البيع وفساده فالقول لمدعي الصحة . أما المزارعة فالقول فيها قبل الزراعة لمدعي الفساد ، وبعدها لرب البذر سواء ادعى صحة أو فساداً ، والبينة لمدعي الصحة . (رَ : نور العين ترتيب جامع الفصولين ، الفصل التاسع والعشرين) .

ـ وككون الأصل في الوكالة والعارية الخصوص ، وفي المضاربة والشركة العموم (رَ : ما يأتي تحت المادة / 77) .

ـ وككون الأصل فيما لا يعلم إلا من جهة أحد الخصمين ، أو كان أحدهما أدرى من الآخر ، أن يقبل قوله فيه بيمينه ، ولذا قبلوا قول المرأة في انقضاء عدتها ـ والمدة تحتمل ـ أو عدم انقضائها بيمينها ، لكون ذلك لا يعلم إلا من جهتها ، وقبلوا قول المملك في بيان جهة التمليك ، والدافع في بيان جهة الدفع[1] ، لأنهما أدرى بها ممن تلقى الملك ومن القابض ، فلو ادّعى المملك القرض وادعى الآخر الهبة مثلاً فالقول قول المملك ، وكذا لو كان عليه دينان ، وبأحدهما رهن أو كفيل ، فدفع له مبلغاً ثم اختلفا فطلب الدافع رد الرهن إليه بزعم أن ما دفعه عن دين الراهن ، أو زعم براءة الكفيل وأن ما دفعه إنما دفعه عن دين الكفالة ، وزعم الدائن أنه عن

(1) ـ إن ما ذكر من كون القول للدافع في تعيين أحد الدينين إنما هو فيما لو اختلفا بعد القبض ، أما لو اختلفا حين القبض بأن قال المطلوب : إني أؤدي هذا لك من جهة الدين الفلاني ، وقال الطالب : لا آخذه إلا من جميع ما لي عليك ، فله ذلك ويكون القبض عن الدينين (رَ ـ لسان الحكام ، فصل في أنواع الدعاوى والبيِّنات ، نوع في الاختلاف ، صفحة / 28) وظاهره أنه لو أراد الطالب جعله عن أحد الدينين خاصة فليس له ذلك .

الدين الآخر ، فالقـول قول الدافـع بيمينـه ، لأن المملك والدافـع أدرى بجهـة التمليك والدفع .

ـ وككون الأصل هو الجد في البيع لا الاستهزاء (رَ : جامع الفصولـين ، الفصل الرابع والعشرين) فلو اختلف المتعاقدان فيهما فالقول لمدعـي الجـد لأنـه الأصل .

ـ وككون الأصل في مطلق الشركة التنصيف ، فلو أقر بأن هذا الشيء مشترك بيني وبين فلان ، أو هو لي ولفلان ، أو هو بيني وبينه ، فهو على المناصفة (رَ : رد المحتار ، كتاب الإقرار ، إقرار المريض ، صفحة / 465) فيكون القول قول من يدعيها لأنها الأصل . ومن يدعي خلافها فعليه البرهان ، إلا إذا بين المقر خلاف المناصفة موصولاً بإقراره كقوله : هو مشترك بيني وبينه أثلاثا ثلثاه لي وثلثه له مثلاً صدق ، كما في المحل المذكور ، والظاهر أنه يصدق بيمينه .

إلى غير ذلك من الأصول التي يعسر استقصاؤ ها .

ولا يخفى أن هذه الأصول يتداخل بعضها في بعض ، لأن بعضها فرع عن الآخر ، كفرعية « بقاء ما كان على ما كان » عن « اليقين لا يزول بالشك » وفرعية « براءة الذمة » عن « الأصل في الصفات العارضة العدم » .

فأي واحد من المتنازعين يشهد له أصل من هذه الأصول يترجح قوله حتى يقوم دليل على خلافه ، لقولهم : إن القول قول من يشهد له الأصل . وأمثلة كل من هذه الأصول تعلم من كلامنا عليها فيما تقدم من المواد وفيما سيأتي .

وأما الظاهر ـ وهو الحالة القائمة التي تدل على أمر من الأمور فهو قسمان : (1)، القسم الأول : هو ما لم يصل في الظهور إلى درجة اليقين . (2) والقسم الثاني : هو الذي وصل فيه إلى درجة اليقين ، وهو غير مراد هنا في هذا التقسيم ، لأن الكلام الآن في المرجحات الأولية غير اليقينية ، وسيأتي الكلام عليه بعد سطور .

(القسم الأول) ـ الظاهر ، الذي جعلناه قسيم الأصل ويقع به الترجيح في الابتداء، وتحته نوعان :

النوع الأول) ـ هو تحكيم الحال الذي يتوصل به إلى الحكم بوجود أمر في

الماضي ، بأن يجعل ما في الحاضر منسحباً على الماضي ، وهو « الآستصحاب المعكوس » المتقدم في شرح المادة الخامسة فانظره .

والنوع الثاني) ـ هو دلالة الحال التي ليس فيها سحب ما في الحاضر على الماضي ، بل يستأنس بها ويعتمد عليها في ترجيح أحد الزعمين على الآخر . وذلك :

ـ كوضع اليد فيما لو ادعى شخصان ملك عين وهي في يد أحدهما ، فإن القول قول ذي اليد .

ـ وكالحمولة على الجدار ، واتصال التربيع فيه ، فإنه يترجح به زعم من يشهد له أحدهما من الخصمين على الآخر (رَ : معين الحكام ، الباب التاسع والأربعين ، ومثله في كثير من الكتب) .

ـ وكتأييد مهر المثل لقول أحد الزوجين فيما لو اختلفا في مقدار المهر المسمى ، فادعى الزوج الأقل وادعت الزوجة الأكثر ، فإن القول لمن يشهد له مهر المثل بيمينه ، فإن كان كما قال أو أقل فالقول قوله ، وإن كان كما قالت أو أكثر فالقول قولها في الزيادة . (رَ : الدرر وغيره ، كتاب النكاح ، باب المهر) .

ـ وكتأييد نقصان الثمن المسمى عن ثمن المثل فيما لو تبايعا عقاراً ولم ينصا على البتات ، ثم اختلفا فادعى أحدهما أن البيع كان باتا والآخر أنه كان وفاء ، فإن القول لمدعي البتات ، لأنه الأصل في البيع ، إلا إذا كان الثمن المسمى ناقصاً عن ثمن المثل فإن القول حينئذ لمدعي الوفاء ، لأن الظاهر شاهد له .

ـ وكتأييد قرائن الحال فيما إذا كان رجلان في سفينة مشحونة بالدقيق ، فادعى كل واحد السفينة وما فيها ، وأحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بأنه ملاح ، فإنه يحكم بالدقيق للذي يعرف ببيعه ، وبالسفينة لمن يعرف بأنه ملاح ، عملاً بالظاهر من الحال . (رَ : تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار ، كتاب الدعوى ، من آخر باب التحالف) .

ـ وككون أحد المتداعيين متضمنا سعيه في إسقاط واجب عن ذمته ، كما لو بعث الزوج إلى زوجته شيئا ثم اختلفا ، فقالت : أرسلته هدية ، وقال : أرسلته من المهر ، فالقول قول الزوج بيمينه في غير المهيأ للأكل ، لأن الهدية تبرع والمهر

واجب في ذمته ، فالظاهر انه يسعى في إسقاط الواجب عن ذمته (رَ : الدرر وغيره ، كتاب النكاح ، من باب المهر) .

ومقتضى هذا التعليل جريان الحكم المذكور بين كل دائن ومدين وقع بينهما نظير هذا الاختلاف ، يؤ يد ذلك أن المديون إذا كان له كفيل وقد كفله بأمره فدفع له الدين ، فإن كان دفعه له على وجه قضاء الدين ثم أراد استرداده منه فإنه ليس له ذلك ، لأنه ملكه بالدفع ، وإن كان دفعه له على وجه الرسالة ليدفعه إلى الطالب ثم أراد استرداده منه فله الاسترداد ، لأنه أمانة في يد الكفيل ، وإن أطلق المديون عند الدفع للكفيل ولم يبين أنه على وجه القضاء أو الرسالة فإنه يقع عن القضاء فلا يملك استرداده (رَ : رد المحتار ، كتاب الكفالة ، من بحث الكفالة بالمال ، عند قول المتن « لا يسترد أصيل ما دفعه الى الكفيل . . . نقلا عن الشرنبلالية عن القنية ونقلا عن غيرها) فقد حمل عند الإطلاق على جهة القضاء لما عليه من الدين ، لكون القضاء فيه تفريغ الذمة واسقاط الواجب ، والأليق بالمديون أن يكون ساعياً وراء ذلك ، وهذا كما ترى مؤ يد لما قلناه .

ـ وكظهور الثيوبة أو البكارة فيما لو تزوج العنين بكراً ثم طلبت التفريق بدعوى عدم وصوله إليها ، وادعى هو الوصول ، فأراها الحاكم للنساء وقلن انها ثيب أو بكر ، فإن القول لمن يشهد له الحال من الثيوبة والبكارة (رَ : ما سيأتي في شرح المادة التاسعة) إلى غير ذلك من مسائل الظاهر المذكور .

فهذه مقتضيات الترجيح الأولية التي يتقوى بها زعم أحد المتنازعين على الآخر ، والتي يجمعها كلمتا : الأصل والظاهر .

ثم إن هذا الأصل والظاهر إذا تعارضا مع بعضهما تقدم جهة الظاهر ، لأنه أمر عارض على الأصل يدل على خلافه ، وقدمنا ، في أول الكلام على المادة الخامسة على رد المحتار عن الزيلعي « أن الأصل إذا اعترض عليه دليل خلافه بطل » . وذلك :

كالقضاء بالنكول فإن اعتباره في الأحكام ليس إلا رجوعاً إلى مجرد القرينة الظاهرة ، فقدمت على أصل براءة الذمة (رَ : معين الحكام ، الباب الحادي والخمسين) .

وكما في مسألة العنين إذا ادعى الوصول الى زوجته التي تزوجها بكراً وأنكرت

الوصول إليها ، وقال النساء إنها ثيب ، فإن الوصول إليهـا من الأمـور العارضـة فالأصل عدمه ، لكن لما عارضه الظاهر ، وهـو الثيوبة ، قدم عليه فكان القـول للزوج .

وكما في مسألة اختلاف الزوجين في مقدار المهر المسمى ، المتقدمة ، إذا كان مهر المثل شاهداً لقول الزوجة ، فإن الأصل ، وهو عدم الزيادة التي تدعيها المرأة ، شاهد للزوج ، ولكن لما عارضه الظاهر ، الذي هو شهادة مهر المثل المؤيدة لدعوى المرأة بالزيادة ، قدم عليه ، فكان القول قولها .

وكذلك مسألة اختلاف متبايعي العقار في كون البيع باتا أو وفاء ، المتقدمة ، فإنه قدم فيها الظاهر على الأصل حينما كان الثمن دون ثمن المثل .

وكما في مسألة الاستصحاب المعكوس إذا دل تحكيم الحال لمن يدعي وجود ما أصله العدم فإنه يقدم قوله (رَ : ما تقدم في شرح المادة الخامسة) .

وكما لو أشهد المشتري أنه يشتري هذا الشيء لفلان ، ثم بعد أن اشتراه ادعى فلان أن شراءه كان بأمره وأراد أخذه ، وانكر المشتري كونه بأمره ، فالقول لفلان . (رَ : رد المحتار ، ملخصا من أوائل باب الفضـولي ، عن قول الشـارح : « قيد بالبيع لأنه لو اشترى لغيره نفذ عليه ») . فإن الأصل عدم الأمر من فلان ، ولكن رجحت دعواه الأمر حيث أيدها الظاهر ، وهو إشهاد المشتري على أنه يشتري له .

وكدفع الوكيل بشراء شيء غير معين الثمن من دراهـم الموكل ، أو إضافـة العقد إليها ، فإن كلاً منهما ظاهر في نية الشراء للموكل ، فإذا تكاذبا في النية يكون القول قول من يشهد له هذا الظاهر من بائع أو مشتر (رَ : ما تقدم في الكلام على القاعدة الأولى ، عن الهداية) .

وكما لو اشترى دابة ثم اطلع على عيب قديم فيها فركبها وجاء ليردها ، فقال البائع : ركبتها لحاجتك ، وقال المشتري : بل ركبتها لأردها ، فإن القول للمشتري (رَ : الدرر وحاشيته ، كتاب البيوع ، من خيار العيب قبيل قول المتن : « اختلفا بعد التقابض في عدد المبيع » .) وذلك لأن الظاهر من حاله لما جاء وابتدأ ردها راكبا أن يكون ركوبه لأجل الرد .

(القسم الثاني) ـ وأما وجوه الترجيح الثانوية فهي حجج الشرع الثلاثة :

البينة ، والإقرار ، والنكول عن اليمين »[1]. وكذا القرينة القاطعة المذكورة في المادة / 1741 / من المجلة[2] .

فهذه الأربعة إذا تعارض أحدها مع أحد المرجحات الأولية ، التي هي الأصل والظاهر، يتقدم عليها ويترك الأصل والظاهر ، لأن الترجيح بهما إنما كان استئناساً حتى يقوم دليل أقوى على خلافهما ، فإذا قام عليه أحد الأدلة الأربعة القوية التي هي في نظر الشرع تعتبر بمنزلة اليقين، يتبع ويحكم بمقتضاه دون الأصل والظاهر .

هذا ثم البِّينة إنما تترجح على القسم الأول من قسمي الظاهر المتقدمين ، أما القسم الثاني ـ الذي ذكرنا أنه وصل في الظهور إلى درجة اليقين القطعي ـ فإنه يترجح على البينة ، حتى لا تقام على خلافه .

بدليل ما نصوا عليه من أن الوصي إذا ادعى أنه انفق على اليتيم أو على عقاره مبلغاً معيناً ، فإن كان مبلغاً لا يكذبه فيه الظاهر فالقول قوله بيمينه ، وإن كان مبلغاً يكذبه فيه الظاهر فإنه لا يقبل فيه قوله ، ولو أراد أن يقيم على ذلك بينة لا تقبل بينته أيضاً . (ذكره ابن بلبان الفارسي في شرح تلخيص الجامع الكبير للخلاطي ، ونقله عنه في تنقيح الفتاوى الحامدية ، أوائل باب الوصي) .

---

(1) ـ لا تنافي بين عد النكول هنا من المرجحات الثانوية ـ البينة والاقرار ـ وبين ما تقدم عن معين الحكام من أن اعتباره في الأحكام ليس إلا رجوعاً الى مجرد القرينة الظاهرة فقدمت على أصل براءة الذمة ، مما يفيد أنه من المرجحات الأولية ، لأن عده هناك من جهة كونه ظاهراً عارض الأصل بدلالته على كذب الناكل في إنكاره لدعوى المدعي ، وعده هنا مع البينة والاقرار لقوة دلالته هذه التي تصلح طريقاً موصلاً للحكم على الناكل حيث لم يكن هناك ما يقدم عليه من بينة أو إقرار .

ولا يقال ان هذا يقتضي أن تعد هنا أيضا بقية الظاهرات المتقدمة ، لأنها تصلح طريقا موصلا للحكم حيث لم يكن ما يقدم عليها ، وذلك لأن دلالة النكول أظهر من دلالتها وأقوى ، ولذا يعمل به بدون مؤ يد له ، بخلاف دلالة غيره من الظاهرات المارة ، فإنها إنما يعمل بها إذا تأيدت بيمين من شهدت له ، أما بدون مؤ يد فلا .

(2) ينبغي أن يزاد فرع العيب الذي لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة والحَيَف. في فروع الإمارة القاطعة التي ذكرت في هذه القاعدة (راجع البند/ز) من تطبيق القاعدة العاشرة).

ينبغي أن يزاد في فروع القرينة القاطعة ما لو قال: إن سررتك فأنت طالق ثم ضربها فقالت سررتني لا تطلق، وما لو اختلف البائع والمشتري في قدم العيب وحدوثه وكان العيب مما لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة والحيف في عيني الفرس فإن ذلك إمارة قاطعة على صدق كلام المشتري مدعي القدم.

وبدليل ما نصوا عليه ، في باب دعوى الرجلين ، من أنه لو ادعى رجل دابة في يد آخر وذكر أنها ملكه ومنتوجة عنده وأقام بينة شهدت بذلك ، وأرخت النتاج بتاريخ تنافيه سن الدابة وتكذبه ، ترد الشهادة وتترك الدابة في يد من هي في يده . ولو تنازع رجلان الدابة التي في يد ثالث ، وكل منهما يدعي ملكه لها ونتاجها عنده ، وأقام كل منهما بينة شهدت له بالملك والنتاج ،وأرخت البينتان النتاج بتاريخين مختلفين ، وكانت سنّ الدابة توافق أحد التاريخين دون الآخر ، يحكم بالدابة لمن وافقت سنها التاريخ الذي أرخته بينته (رَ : شرح الزيلعي للكنز ، وشروح الهداية) . وإن رد الشهادة ، حين مخالفة سن الدابة لما أرخته البينة لدليل على أنه لو بين المدعي في دعواه تاريخاً للنتاج وظهر مخالفة سن الدابة للتاريخ الذي ذكره ترد دعواه من أصلها ، ولا يكلف إقامة البينة (رَ : ما سيأتي نقله عن الفتاوى البزازية في المادة الخامسة والستين : « الوصف في الحاضر لغو » .)

وبدليل ما نصوا عليه أيضاً من أنه لو أقر إنسان لمن كان مجهول النسب بأنه ابنه ، وكان لا يولد مثله لمثل المقر ، فإن الإقرار يبطل ، وذلك يفيد أن البينة أيضاً لا تقبل عليه بالأولى ، لأن الإقرار قد بطل ، مع أنهم صرحوا أن الإقرار أقوى من البينة حتى لو أقر الخصم بعد إقامة البينة فقضى الحاكم عليه يعتبر القضاء قضاءً بإقراره لا بالبينة (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، كتاب الدعوى ، باب الاستحقاق) إلاّ في سبع مسائل يقضى فيها بالبينة دون الاقرار مذكورة في رد المحتار ، آخر باب دعوى النسب ، سنذكر بعضها في الكلام على المادة التاسعة عشرة .

فظهر من ذلك أن قولهم : « إن البينات تقام لإثبات خلاف الظاهر » إنما يراد به النوع الأول الذي يذكر بإزاء قسيم الأصل ، لا النوع الثاني الذي وصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه .

والحاصل أن ترجيح زعم أحد المتخاصمين على زعم الآخر ، في الابتداء ، يكون بشهادة الأصل والظاهر حتى يقوم دليل من المرجِّحات الثانوية على خلافه ، فإذا كان الأصل شاهدا لجهة والظاهر لجهة يرجح زعم من يشهد له الظاهر . ثم إذا عارض الأصل أو الظاهر شيء من المرجحات الثانوية يقدم عليهما ، وهذا في النوع الأول من الظاهر ، أما النوع الثاني فإنه لا تقام بينة على خلافه لأن احتمال خلافه معدوم .

وهذا البيان والتفصيل الذي أتينا به يقرب المسائل من الأذهان ويسهل معرفة الوجوه والعلل ، وتطبيق الفروع على قواعدها بصورة معقولة .

إذا علمنا ذلك ظهر أن القول الراجح هو قول من يتمسك ببراءة ذمته لأنه يشهد له الأصل ، وهو عدم شغلها ، حتى يقوم دليل على خلافه .

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل شتى من أبواب متنوعة ، كالبيع والاجارة والعارية والوديعة والضمانات والغصب والقرض والإقرار وغير ذلك.

فمن ذلك : ما لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن بعد هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه مثلاً ، أو اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار بدل الاجارة بعد استيفاء المنفعة ، فإن القول قول المشتري والمستأجر ، والبينة على البائع والمؤجر لإثبات الزيادة . أما لو كان اختلافهما قبل هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه مثلاً في البيع ، وقبل استيفاء المنفعة في الإجارة ، ولا بينة لأحدهما فإنهما يتحالفان (رَ : المادة / 1778 و1779 / من المجلة) .

ومنها : ما لو ادعى المستعير رد العارية فإن القول قوله ، إذ الأصل براءة ذمته . وكذا لو ادعى الوديع رد الوديعة (رَ : ما تقدم في شرح المادة الثالثة) .

ومنها : ما لو أتلف إنسان مال آخر واختلفا في مقداره ، فإن القول للمتلف بيمينه ، لأنه ينكر ثبوت الزيادة في ذمته ، والأصل براءة الذمة ، والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة . وكذا لو غصب إنسان شيئاً وهلك في يده ثم اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب فالقول للغاصب ، وعلى المالك اثبات الزيادة (رَ : الاشباه والنظائر) . وكذلك لو جاء الغاصب ليرد عين المغصوب فاختلف هو والمالك في مقداره ، فالقول للغاصب .

ومنها : ما لو أقرض إنسان آخر ثم اختلف هو والمستقرض في مبلغ القرض فالقول للمستقرض .

ومنها : ما لو أقر إنسان لآخر بمجهول ، بأن قال : لفلان علي شيء أو حق ، فإنه يصح ويلزمه تفسيره ، أي بيانه ، ويقبل منه أن يبينه بما له قيمة ، فلو بينه وادعى المقر له أكثر مما بينه المقر فإن القول للمقر ، وعلى المدعي إثبات الزيادة . أما

لو بينه بما لا قيمة له فلا يقبل بيانه ، لأنه بقوله : « له علي » أخبر عن الوجوب في ذمته ، وما لا قيمة له لا يجب في الذمة ، فيكون بيانه رجوعاً عن الإقرار ، والرجوع عنه لا يصح (رَ : الدرر ، كتاب الاقرار)

ومنها : مسألة ما لو اختلف الموكل مع الوكيل بالبيع ، في بيعه قبل علمه بالعزل أو بعده ، الآتية في مستثنيات المادة الحادية عشرة ، إلى غير ذلك من الفروع .

* **

القاعدة الثامنة (المادة/ 9)

« الأصل في الصفات العارضة العدم »

أولاً) ـ الشرح

« الأصل في الصفات العارضة العدم ، كما أن الأصل في الصفات الأصلية الوجود (رَ : الاشباه والنظائر) حتى يقوم الدليل على خلافه » .

الصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم على قسمين :

الأول) ـ هو الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئاً وعارضاً بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خالياً عنها غالباً ، وهذه تسمى الصفات العارضة ، والأصل فيها العدم ، ومثل هذه الصفات غيرها من الأمور التي توجد بعد العدم كسائر العقود والأفعال ، كما سيتضح من الأمثلة الآتية . وهذا القسم وما أُلحق به من العقود والأفعال هو موضوع هذه القاعدة .

الثاني) ـ هو الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارناً لوجوده ، فهو مشتمل عليها بطبيعته غالباً ، وهذه تسمى الصفات الأصلية ، والأصل فيها الوجود ، كبكارة الجارية وسلامة المبيع من العيوب والصحة في العقود بعد انعقادها . ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي ثبت وجودها في وقت ما ، فإن الأصل فيها حينئذٍ البقاء بعد ثبوت وجودها (رَ : ما تقدم في شرح المادة الخامسة ، وهو أيضاً معنى المادة العاشرة الآتية) .

فلو اختلف العاقدان في سلامة المبيع من العيوب وعدم سلامته ، أو في صحة البيع مثلاً وفساده ، فالقول لمن يتمسك بسلامة المبيع وصحة العقد ، لأنه يشهد له

الأصل ، بخلاف ما لو اختلف المتعاقدان في صحة البيع وبطلانه فإن القول قول من يتمسك بالبطلان ، لأن الباطل غير منعقد فهو ينكر وجود العقد والأصل عدمه (رَ : الاشباه والنظائر ، من قاعدة الأصل العدم ، ومن كتاب البيوع)[1] .

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة :

منها : مثال المادة المذكورة ، وهو ما اختلف المضارب ورب المال في حصول البيع وعدمه ، فالقول للمضارب ، والبينة على رب المال لإثبات الربح لأن الأصل عدمه .

ومنها : ما لو قال الوصي : لم أتجر في مال اليتيم ، أو اتجرت فلم أربح أصلاً ، أو ما ربحت إلاّ كذا ، فالقول قوله (رَ : الأشباه والنظائر وحاشيته ، من قاعدة الأصل العدم) .

ومنها : ما لو أدخلت المرأة حلمة ثديها في فم الرضيع ولم يعلم هل دخل اللبن في حلقه أو لا ، فإن النكاح لا يحرم ، لأن الأصل عدم المانع الذي هو دخول اللبن (رَ : الأشباه والنظائر ، من المحل المذكور) .

ومنها : ما لو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع أو الثمن ، أو اختلف المؤجر والمستأجر في قبض المأجور أو بدل الإجارة فالقول لمنكر القبض في جميع ذلك ، لأن الأصل عدمه . (رَ : الأشباه والنظائر ، وغيره) .

ومنها : ما لو اختلف البائع والمشتري في شرط الخيار ، فالقول لمنكره (رَ : تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار ، كتاب البيوع ، أواخر خيار الشرط) لأنه صفة عارضة .

ومنها : ما لو دفع إنسان لآخر شيئاً ثم أراد استرداده مدعياً أنه دفعه له

---

1) ـ يقول مصطفى ابن المؤلف : يظهر أن هذا مقيد بما إذا لم يكن الظاهر شاهداً لمدعي الصحة دون البطلان ، فقد جاء في باب البيع من كتاب « القول الحسن في القول لمن ؟ » إنهما اذا اختلفا في أن البيع تلجئة أو لا فالقول لمدعي الصحة ، لأن الظاهر شاهد له (رَ : الكتاب المذكور صفحة / 102 من الطبعة الحجرية سنة / 1276 هـ) .

عارية ، وقال القابض : إنك كنت بعتني إياه أو وهبتني إياه ، فالقول للدافع في كونه عارية (رَ : المادة / 1763 / من المجلة) ، لأن الأصل عدم البيع والهبة .

ومنها : ما لو قال رجل لامرأته : إن لم أدفع لك نفقتك اليوم فأنت طالق ، ثم مضى اليوم ، فاختلفا فقال : دفعتها لك وقالت : لم تدفعها لي ، فالقول قولها ، ويترتب عليه وقوع الطلاق . بخلاف ما لو قال لها : إن لم أدخل الدار اليوم مثلاً فأنت طالق ثم اختلفا فقال دخلت وقالت لم تدخل فإن القول قوله ، وإن كان الأصل عدم الدخول . وذلك لأن الشرط المعلق عليه إذا كان مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن التعليق ، كوصول النفقة وعدمه ، فحينئذٍ ينظر إلى صورة التنازع ، فيكون القول قول منكره ، وهو هنا الزوجة ، لأن الأصل عدم وصول النفقة اليها . وأما إذا كان الشرط مما لا يصح التنازع فيه لذاته ، كدخول الدار وعدمه ، فإنه لا ينظر فيه إلى صورة التنازع ، لأنه غير ممكن ، بل ينظر فيه إلى المقصود منه ، وهو وقوع الطلاق أو عدمه ، ولما كان مقصود الزوج بدعواه الدخول إنكار وقوع الطلاق كان القول قوله ، لأن الأصل عدم الوقوع (رَ : ذخيرة الفتوى ، كتاب الكفالة ، الباب السابع في تعليق الكفالة بالشرط) . إلى غير ذلك من الفروع الكثيرة .

هذا ، ولكن إذا قام دليل على خلاف ذلك الأصل ، بأن كان الظاهر معارضاً له ، فإن الأصل يترك ويترجح جهة الظاهر ، كما قالوا في زوجة العنين من أنها لو ادعت عليه عدم وصوله إليها وادعى هو الوصول ، وكانت بكراً حين العقد ، فإن الحاكم يريها حين الخصومة للنساء ، فإن قلن إنها بكر فالقول قولها وإن قلن إنها ثيب فالقول قوله في الوصول اليها ، مع أن الأصل عدم الوصول ، لأنّ ظهور ثيوبتها مؤيد لدعواه فترك به الأصل .

ثالثاً) ـ المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة مسائل :

منها : ما لو تصرف الزوج في غلات زوجته ثم ماتت فادعى أن تصرفه كان بإذنها وأنكر الورثة ، فإن القول قوله بيمينه ، مع أن الأصل عدم الإذن (رَ : تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار ، من كتاب الغصب) .

ومنها : ما لو أراد الواهب الرجوع في هبته ، فادعى الموهوب له هلاك الموهوب ، فالقول قوله ولا يمين عليه ، لأنه حكى أمراً يملك استئنافه .

ومنها : ما لو اختلف الزوجان في هبة المهر فقالت الزوجة : وهبته لك بشرط أن لا تطلقني وقال الزوج : بغير شرط ، فالقول قولها ، مع أن الشرط من العوارض والأصل عدمه .

ومنها : ما لو جاء المضارب بمبلغ وقال : هو أصل وربح ، وقال رب المال : كله أصل ، فالقول قول المضارب ، مع أن الأصل عدم الربح .

ومنها : ما لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضي لهم ، فادعى الأب أنه انفق عليهم فالقول قوله مع اليمين ، مع أن الأصل عدم الانفاق .

(رَ : الاشباه والنظائر وحاشية الحموي عليه ، في قاعدة الأصل العدم - لكل هذه الفروع المستثناة) .

* * *

القاعدة التاسعة (المادة/ 10)

« ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه »

أولاً) ـ الشرح

« ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه » لأنه إذا اعترض على الأصل دليل خلافه بطل (رَ : ما قدمناه في شرح المادة الخامسة) .

ولذلك كانت الشهادة بالملك المنقضي ، أي الماضي ، والإقرار به أيضا مقبولين ، فإذا ثبت في زمان ملك شيء لأحد يحكم ببقاء الملك ما لم يوجد ما يزيله ، سواء كان ثبوت الملك الماضي بالبينة أو بإقرار المدعى عليه .

هذه المسألة على ثلاثة أوجه :

الأول) ـ ان يدعي ملكا خاليا عن الإسناد إلى الماضي ، بأن يقول : إن العين التي بيد المدعى عليه هي ملكي (سواء بين سببا للملك أو لا) ويشهد الشهود له بالملك في الماضي فيقولوا : إنها كانت ملكه ، أي في صورة ما إذا أطلق المدعي الملك ، أو يقولوا : إنها كانت ملكه بالسبب الذي ادعاه ، أي في صورة ما إذا بين المدعي سببا للملك .

الثاني) ـ أن يدعي ملكا ماضيا فيقول : إنها كانت ملكي ، ويشهد الشهود بالملك المطلق كذلك ، وهو عكس الأول .

الثالث) ـ ان يدعي ملكا ماضيا ، ويشهد الشهود بالماضي أيضا .

ففي الصورة الأولى تصح الدعوى من المدعي وتقبل من الشهود، فيحكم للمدعي بالملك ، لأنه لما ثبت ملكه في الزمن الماضي فالأصل أن يحكم ببقائه حيث لم يقم دليل على خلافه إلى أن يوجد ما يزيله ، كأن يقيم المدعى عليه بينة على الشراء منه مثلا .

وأما في الصورتين ، الثانية والثالثة ، فإن دعوى المدعي غير صحيحة ، وشهادة الشهود المترتبة عليها غير مقبولة أيضا ، لأن إسناد المدعي ملكه إلى الماضي يدل على نفي الملك في الحال ، إذ لا فائدة للمدعي في إسناده مع قيام ملكه في الحال ، بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضي ، لأن إسنادهما لا يدل على النفي في الحال لأنهما قد لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، كتاب الشهادات ، باب الاختلاف في الشهادة ، وجامع الفصولين ، الفصل الحادي عشر) .

هذا ، وفي الصورة الأولى المقبولة لو سأل القاضي الشاهدين : هل تعلمان ملكه للحال ؟ لا يجبران على الجواب ، لكن لو أجاباه بقولهما : لا نعلم قيام الملك للحال ترد شهادتهما ، لأنهما لما صرحا بجهلهما قيام الملك للحال لم يبق إمكان للحمل على أنهما يعرفان بقاء الملك بالاستصحاب فلم تعد شهادتهما صالحة لأن يحكم بها في ذلك (رَ : المادة / 1695 / من المجلة) .

ومثل الشهادة بملك العين ، في جميع الصور المتقدمة ، الشهادة بالدين ، فلو ادعى إنسان دينا في ذمة حي أو ميت وأقام بينة شهدت له أنه كان له عليه هذا المبلغ المدعى به تقبل الشهادة ويحكم به (رَ : المادة / 1694 / من المجلة) .

تنبيه :

إن قبول الحاكم البينة وإلزام الخصم بما قامت عليه في الصورتين ـ أعني فيما إذا شهدت الشهود أن العين كانت ملك المدعي ، أو شهدت أنه كان له عليه كذا ـ إنما هو عمل بالاستصحاب ، وهو عمل بالظاهر ، والظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ، كما تقدم الكلام عليه في المادة الخامسة : الأصل بقاء ما كان ، والحكم بهذه الشهادة حكم بالاستحقاق لا بالدفع فينبغي أن لا تقبل .

لكن نقل في جامع الفصولين ، في أوائل الفصل الحادي عشر ، هذا الإشكال عن صاحب القنية وأنه أجاب عنه بأن في رد مثل هذه البينات حرجاً فتقبل دفعا للحرج . انتهى موضحاً.

وقد نقل في معين الحكام، في الباب الثامن عشر منه في القضاء بغلبة الظن ، عن القرافي المالكي ما لفظه: «اعلم ان قول العلماء ان الشهادة لا تجوز إلا بالعلم

ليس على ظاهره، فإن ظاهره يقتضي أنه لا يجوز أن يؤدي الشاهد إلا ما هو قاطع به، وليس كذلك، بل حالة الأداء دائما عند الشاهد الظن الضعيف في كثير من الصور، بل المراد بذلك أن يكون أصل المدرك علماً فقط، فلو شهد بقبض الدين جاز أن يكون الذي عليه الدين قد دفعه فتجوز الشهادة عليه بالاستصحاب الذي لا يفيد، إلا الظن الضعيف، وكذلك الثمن في البيع يشهد به مع احتمال دفعه، ويشهد في الملك الموروث لوارثه مع جواز بيعه بعد أن ورثه، ويشهد بالإجارة ولزوم الأجرة مع جواز الإقالة بعد ذلك بناء على الاستصحاب. والمحقق في هذه الصور كلها وشبهها إنما هو الظن الضعيف، ولا يكاد يوجد ما يبقى فيه العلم إلا القليل من الصور، منها: النسب والولاء فإنه لا يقبل النقل فيبقى العلم على حاله، ومنها: الوقف إذا حكم به حاكم، أما إذا لم يحكم به حاكم فإن الشهادة إنما فيها الظن فقط، فإذا شهد بأن هذه الدار وقف احتمل أن يكون حاكم حنفي حكم بنقضه» انتهى.

وهو كلام وجيه جداً مؤيد لجواب صاحب القنية.

تنبيه:

الشهادة باليد المنقضية لا تقبل، وعلى الملك المنقضي تقبل، فلو ادعى أحد على آخر بأن العين التي في يد المدعى عليه كانت في يد المدعي حتى أخذها ذلك منه بلا حق فيطلب إعادتها إليه، وأقام بينة شهدت بأنها كانت في يده، لا تقبل حتى يشهدا أن المدعى عليه أخذها منه بلا حق، فحينئذ يقضى بإعادتها إليه فقط، لا بالملك، وهذا يسمى: قضاء ترك.

وإنما لم تقبل الشهادة باليد المنقضية كما قبلت على الملك المنقضي لأنها شهادة بمجهول، والشهادة بالمجهول لا تقبل، وذلك لأن أنواع وضع اليد كثيرة، فقد تكون اليد يد ملك أو وديعة أو اجارة، ويحتمل أيضا أن العين كانت للمدعي فاشتراها المدعى عليه منه، بخلاف الملك فإنه غير متنوع فلذلك كان الأصل ان الشهادة بالملك المنقضي مقبولة لا باليد المنقضية، حتى لو ثبتت باليد المنقضية بإقرار الخصم أنها كانت في يد المدعي أو بالبينة على الإقرار فإنها تعتبر ويؤمر المدعى عليه بدفعها للمدعي على الوجه المتقدم، لأن الإقرار لا تضره الجهالة (ر: تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار، قبيل باب الشهادة على الشهادة، والمادة/ 1579 / من المجلة).

هذا كله فيما إذا كانت الشهادة باليد المنقضية لشخص حيٍ، أما إذا شهدا بيد

شخص ميت فإنها تقبل مطلقا وإن كانت غير منقضية ، لأنها إن كانت في الواقع يد ملك فالأمر ظاهر ، وإن كانت يد غير ملك فبموت من هي في يده مجهلا ، أي من غير أن يبين انها ليست له ، يملكها وتكون مضمونة لصاحبها في التركة (رَ : الدر المختار وحاشية رد المحتار ، من المحل المذكور) .

* * *

القاعدة العاشرة (المادة/ 11)

« الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته »

أولاً) ـ الشرح

يعني أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر فحينئذ ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال ، ما لم تثبت نسبته إلى زمن بعيد فإذا ثبتت نسبته إلى الزمن البعيد يحكم بذلك ، وهذا إذا كان الحدوث متفقاً عليه وإنما وقع الاختلاف في تاريخ حدوثه ، كما يفيده قولهم في المادة المذكورة : « يعني أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر » أما إذا كان الحدوث غير متفق عليه بأن كان الاختلاف في أصل حدوث الشيء وقدمه ، كما لو كان في ملك أحد مسيل لآخر ووقع بينهما اختلاف في الحدوث والقدم ، فادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل قدمه ، فإن القول لمدعي القدم ، والبينة لمدعي الحدوث ، حتى إذا أقام كل منهما بيِّنته رجحت بينة مدعي الحدوث وهو صاحب الدار (رَ : المادة / 1768 / من المجلة ، ومرآة المجلة ، نقلاً عن القنية) وذلك لأن بينته تثبت ولاية النقض فكانت أولى ، أما مدعي القدم فهو منكر متمسك بالأصل (رَ : تنقيح الفتاوى الحامدية) .

ثم إن الوجه في كون الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته هو أن الخصمين لما اتفقا على حدوثه ، وادعى أحدهما حدوثه في وقت وادعى الآخر حدوثه قبل ذلك الوقت ، فقد اتفقا على أنه كان موجوداً في الوقت الأقرب ، وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجوداً قبل ذلك ، والآخر ينكر دعواه ، والقول للمنكر .

إن اعتبار هذه القاعدة مقيد بأن لا يؤدي إلى نقض ما هو ثابت مقرر ، فقد نقل علي حيدر أفندي في شرحه عن الفتاوى الولوالجية ، في كتاب الدعوى ما نصه :

« الأصل في الحوادث أن يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر إذا لم يتضمن الحكم بحدوثها للحال نقض ما هو ثابت ، لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال لا بدليل أوجب الحدوث للحال ، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت » ونظير هذا ما نقله في رد المحتار من باب المهر ، عن الرحمتي عن قاضيخان ، عند قول المتن « وهذا إذا لم تسلم نفسها » : إن الظاهر لا يصلح حجة لإبطال ما كان ثابتاً .

وستتضح فائدة هذا القيد من مستثنيات هذه القاعدة التي سنذكرها ، لأن معظم تلك المستثنيات إنما خرجت عن هذه القاعدة لأن تطبيقها عليها يستلزم نقض ما هو ثابت متقرر ، (ر : ما سيأتي تحت المادة / 12).

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة كثير من مسائل الطلاق ،والميراث ، والإقرار ، والهبة ، والبيع وفسخه ، والحجر ، والوكالة وغيرها .

أ) ـ فمن ذلك : ما إذا طلق رجل زوجته طلاقاً بائناً ثم مات قبل أن تنقضي عدتها ، فادعت الزوجة أنه أبانها وهو في مرضه فصار بذلك فاراً فترث هي منه ، وقال الورثة : إنه أبانها وهو في صحته فلم يكن فاراً فلا ترث ، فإن القول في ذلك قول الزوجة ، والبينة على الورثة ، لأن الزوجة تضيف الحادث ، وهو الطلاق ، إلى أقرب الأوقات من الحال وهو زمن المرض .

ب) ـ ومنه ما لو مات رجل مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت امرأته بعد موته مسلمة وقالت : أسلمت قبل موته فأنا وارثة منه ، وقال الورثة : إنك أسلمت بعد موته فلا ترثين منه لاختلاف دينيكما عند موته ، فالقول للورثة والبينة على الزوجة (رَ : ما تقدم في بحث الاستصحاب من شرح المادة الخامسة) .

ج) ـ ومنه : ما لو أقر إنسان لأحد ورثته بعين أو دين ثم مات فاختلف المقر له مع الورثة فقال المقر له : أقر لي في صحته فالإقرار نافذ ، وقال الورثة : أقر لك في مرضه فالإقرار غير نافذ ، فإن القول للورثة والبينة على المقر له .

(ر : الأشباه والنظائر وحاشيه الحموي ـ لكل ما سبق)

وكذا الحكم فيما لو وهب إنسان شيئاً لأحد ورثته ثم مات فاختلف الموهوب له

وبقية الورثة على الكيفية المذكورة (رَ : المادة / 1766 / من المجلة) .

د) ـ ومنه : ما لو اشترى إنسان شيئاً بالخيار ثم بعد مضي مدة الخيار جاء المشتري ليرده على البائع قائلاً : إنه فسخ قبل مضي مدة الخيار ، وقال البائع : فسخت بعد مضي المدة فلا يصح فسخك ، فإن القول قول البائع ، لإضافة الفسخ إلى أقرب أوقاته من الحال (رَ : درر الحكام لعلي حيدر أفندي)

هـ) ـ ومنه ما لو باع الأب مال ابنه بحكم الولاية ثم اختلف المشتري والابن فقال المشتري : كان ذلك قبل بلوغك والبيع نافذ ، وقال الابن : كان بعد بلوغي فالبيع غير نافذ ، فإن القول للابن على الأصح (رَ : جامع أحكام الصغار ، من الحضانة ، وتنقيح الفتاوى الحامدية من الحامدية).

وكذا لو قال المحجور : بعت وتصرفت بعد الحجر علي فتصرفي غير صحيح ، وقال الخصم : قبل الحجر ، فالقول للمحجور والبينة على الخصم . ولو أطلق من حجره فاختلف مع المشتري فقال المحجور : بعت منك قبل فك الحجر ، وقال المشتري : بعده ، فالقول للمشتري . (رَ : الفتاوى الهندية ، من الباب الثاني من الحجر نقلاً عن الفتاوى الظهيرية .)

و) ـ ومنه : ما لو قال الوكيل بالبيع بعد عزله : بعت وسلمت قبل العزل ، وقال موكله : إنك بعت وسلمت بعد العزل ، وكان المبيع قائماً غير مستهلك فإن القول للوكيل . (رَ : الأشباه والنظائر) وتكون المسألة حينئذ من جملة المستثنيات .

والفرق بين الحالتين أنه في حالة هلاك المبيع يكون مقصود الموكل إيجاب الضمان في ذمة الوكيل ، والوكيل ينكر الضمان فالقول قوله ، لأن الأصل براءة الذمة . أما في حالة قيام المبيع فإن إرادة التضمين غير ممكنة ، وإنما يدعي الوكيل حينئذ انتقال العين من ملك الموكل إلى ملك الآخر المشتري ، والموكل ينكر الانتقال فالقول قوله ، لأن الانتقال من الأمور العارضة فالأصل عدمها .

ز) ـ ومنه : ما لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده بعيب فيه مدعياً أنه كان موجوداً فيه عند البائع ، وقال البائع : لا بل حدث العيب عندك بعد القبض ، وكان العيب مما يحدث مثله ، فإن القول قول البائع والبينة على المشتري . أما لو كان العيب مما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة في العبد ، وكالخيف في الفرس ـ وهو أن

تكر ، إحدى عينيه سوداء والأخرى زرقاء ـ فإن البائع يلزم به . (رَ : الدر المختار ، كتاب البيوع ، باب خيار العيب) .

ثالثاً) ـ المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل :

أ) ـ منها: ما لو ادعى الأجير على الحفظ أن العين هلكت بعد تمام المدة المعقود عليها فيستحق كل الأجرة، وقال المستأجر: هلكت قبل تمام المدة بكذا أياماً، فالقول للمستأجر بيمينه (رَ: حاشية الحموي على الأشباه والنظائر) وذلك لأن من المقرر الثابت فراغ ذمة المستأجر على الحفظ من الأجرة ، وإنما تثبت الأجرة في ذمته بمقدار المدة التي يوجد فيها الحفظ من الأجير فعلاً،فلو جعل القول للأجير في حدوث هلاك العين بعد تمام المدة بناء على إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يلزم منه نقض الأمر الثابت المتقرر ، وهو فراغ ذمة المستأجر ، لأنه لم يثبت شغلها بالمقدار الزائد الذي يدعيه الأجير ، وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إنما تعتبر إذا لم يؤد اعتبارها إلى نقض ما هو ثابت ، كما قدمنا عن الفتاوى الولوالجية ، فكان القول قول المستأجر . ولأن إضافة الحادث ، وهو الهلاك هنا ، إلى أقرب الأوقات من قبيل الظاهر ، والظاهر لا يكفي حجة للاستحقاق (رَ : حاشية الحموي على الأشباه والنظائر ، من القاعدة المذكورة ، نقلاً عن جامع الفصولين) .

ب) ـ ومنها : الفرع المتقدم آنفاً فيما إذا اختلف الوكيل بالبيع مع الموكل في بيع الوكيل العين قبل عزله أو بعده ، وكانت العين المبيعة مستهلكة (رَ : الفقرة / و / من تطبيقات هذه المادة).

ج) ـ ومنها : ما لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بعيب فيه بعد أن كان استعمله استعمالاً يفيد الرضا به معيباً ، فقال البائع له : إنك استعملته بعد اطلاعك على العيب فسقط حقك في الرد ، وقال المشتري : إنما استعملته قبل الاطلاع على العيب ، فالقول للمشتري بيمينه . فقد قال في رد المحتار ، في كتاب البيوع ، في باب خيار العيب ، قبيل قول المتن « استحق بعض المبيع » ـ نقلاً عن البحر الرائق ـ : « لو أراد المشتري الرد ولم يدع البائع عليه مسقطاً للرد لم يحلف المشتري » فقد أفاد أنه لو ادعى عليه البائع مسقطاً فالقول قوله بيمينه .

ووجه كون القول للمشتري في أن استعماله للمبيع كان قبل الاطلاع على العيب لا بعده أن خيار العيب في الصورة المذكورة قد ثبت للمشتري حين الشراء لا محالة ، فيتقرر بقاؤه إلى أن يوجد المسقط يقيناً ، لأن ما ثبت بزمان فالأصل بقاؤه حتى يقوم الدليل على خلافه كما تقدم في القاعدة السابقة ، فدعوى البائع سقوط الخيار الثابت للمشتري تكون على خلاف الأصل المتقرر ، فلو حكمنا بأن القول قوله بناء على إضافة الحادث لأقرب أوقاته يلزم منه نقض ذلك الأمر الثابت الذي لم نتيقن بإزالته ، فلذلك كان القول للمشتري في بقاء خياره .

هذا ، ولا يغفل هنا عن قول أبي يوسف المفتى به من أنه لا يقضى له بالرد بالعيب إلا بعد أن يحلفه الحاكم أنه لم يرض بالعيب قولاً أو دلالة ، وإن لم يدع عليه البائع أنه رضي به ولم يطلب تحليفه، وعليه جرت المجلة في المادة/1746/ .

ويظهر من هذه الفروع أن قاعدة «إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» إذا تعارضت مع قاعدة «الأصل براءة الذمة» أو «الأصل بقاء ما كان على ما كان» تترك «إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» ويعمل بهاتين القاعدتين دونها، لأنهما أقوى.

د) ـ ومنها : ما لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بخيار الرؤية ، فقال البائع له : إنك رضيت بالمبيع بعدما رأيته فسقط خيارك ، وقال المشتري : رضيت به قبل أن أراه فلم يسقط خياري فالقول للمشتري (رَ : رد المحتار ، كتاب البيوع ، من آخر خيار الرؤية ـ عن البحر الرائق ـ عند قول المتن « كما لو اختلفا في أصل الرؤية ») .

هـ) ـ ومنها : ما لو مات ذمي فجاءت امرأته مسلمة وقالت : إنني أسلمت بعد موته فأرث ، وقال الورثة : إنك أسلمت قبل موته فلا إرث لك ، فالقول لهم ، مع أن إسلام الزوجة أمر حادث ، وهي تضيفه إلى أقرب أوقاته وهو ما بعد موت الزوج ، وذلك لأنها اعترفت بسبب الحرمان من الإرث ، وهو اختلاف الدينين ، وتمسكت بالظاهر الذي هو إضافته إلى أقرب الأوقات لكي تستحق الإرث بذلك ، والظاهر لا يكفي حجة للاستحقاق (رَ : الأشباه والنظائر ـ مع زيادة إيضاح) .

ولا يرد على هذا ما تقدم تفريعه على هذه القاعدة ، من أن امرأة الميت إذا ادعت أنه أبانها في مرض موته ، وقال الورثة : في صحته ، فالقول قول الزوجة وتستحق الإرث ، فلا يقال : كيف استحقت الإرث هنا بالظاهر ، وهو إضافتها البينونة الحادثة إلى أقرب الأوقات الذي هو زمن المرض ؟

فإن بينهما فرقاً ، وذلك أن امرأة الذمي اعترفت باختلاف الدينين ، واختلاف الدينين مانع من الإرث ، ولا يجتمع معه في حال بيقين ، فتمسكها بالظاهر ، وهو إضافته إلى ما بعد الموت ، يلزم منه نقض ذلك اليقين الثابت . وأما مسألة المبانة فعلى العكس ، لأن إرثها بسبب الزوجية ثابت بيقين ، والبينونة لا تجانب الإرث في جميع الأحوال بل تجتمع معه في حال دون حال ، فإن إبانة الزوج زوجته في مرض موته لا يمنع الزوجة من الإرث ، وهي إنما اعترفت بوجود البينونة التي لا تمنع من الإرث لحصولها في المرض ، وأما احتمال كون البينونة صدرت من الزوج في زمن الصحة الأبعد فليس إلا مجرد شك ، وإرثها بالزوجية ثابت بيقين فلا يزول بهذا الشك بل يبقى إلى أن يقوم دليل أقوى على خلافه .

و) ـ ومنها : ما لو تزوج رجل بامرأة ثم جاءت بولد واختلفا ، فقال الزوج : انك ولدت قبل أن يتم لعقد النكاح ستة أشهر فالولد ليس بثابت النسب مني ، وقالت الزوجة: ولدت بعد أن تم للعقد ستة أشهر فالولد ثابت النسب منك ، فالقول قول الزوجة بيمينها . ولو أراد الزوج أن يقيم بينة على دعواه لا تقبل أيضاً ، لأن بينته تقوم في المعنى على النفي ، وهو عدم تمام ستة أشهر من حين العقد إلى حين الولادة ، والبينة على النفي لا تقبل (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، والدرر وحاشية الشرنبلالي عليه من باب ثبوت النسب ، وما سيأتي تحت المادة / 77 / من المحلات التي تقبل فيها البينة على النفي .)

ز) ـ ومنها في جامع الفصولين ، في الفصل السادس عشر: شرى داراً فاستحقت عرصتها ونقض البناء فادعى بقيمته على بائعه ، فاختلفا فيه فقال البائع : بعتها مبنية ، وقال المشتري : أنا بنيتها ـ أي بعد الشراء ـ ولي الرجوع ، فالقول للبائع . (انتهى موضحاً) فقد جعل القول قول البائع مع أنه يضيف الحادث ، وهو البناء ، إلى أبعد الأوقات ، وهو ما قبل البيع .

ح) ـ ومنها : ما لو دفع لآخر ألفاً مثلاً ليشتري له شيئاً بعينه ، فاشتراه وهلكت الدراهم في يده ، ثم اختلفا فقال الآمر: هلكت قبل الشراء ، أي وبطلت الوكالة بهلاكها ، فوقع الشراء للوكيل ، وقال المأمور : هلكت بعد الشراء ، أي فيكون الشراء للآمر ، ويكون للمأمور الرجوع عليه بمثلها ، فالقول للآمر بيمينه (رَ : جامع الفصولين ، أول الفصل السابع عشر ، صفحة / 228 و229 / موضحاً) .

* * *

القاعدة الحادية عشرة (المادة/ 12)

« الأصل في الكلام الحقيقة »

أولاً) ـ الشرح

« الأصل في الكلام الحقيقة » والمجاز فرع فيه وخلف عنها ، ولكونها أصلاً قدمت على المجاز وكان العمل بها أولى من العمل به ، ما لم يوجد مرجح له فيصار إليه .

الحقيقة في اللغة من حق الشيء إذا ثبت، وهي فعيلة بمعنى فاعلة. وهي في الاصطلاح : الكلمة المستعملة فيما وضعت له في اصطلاح التخاطب، كاستعمال لفظة القتل مثلاً في إزهاق الروح، فإنه حقيقة لاستعماله في المعنى الوضعي له، وكاستعمال لفظ الوصية مثلاً عند أهل الشرع في التمليك المضاف لما بعد الموت ، فإنه حقيقة أيضاً بالنسبة لاصطلاحهم وتخاطبهم.

والمجاز : هو استعمال الكلمة في غير ما وضعت له لقرينة (رَ : تعريفات السيد) ، وذلك كاستعمال لفظة القتل المذكورة في الإيلام ، واستعمال لفظة الوصية عند أهل الشرع في العهد الذي هو معناه اللغوي ، فإن كلا منهما مجاز ، لاستعمال الأول في غير ما وضع له لغة واستعمال الثاني في غير ما وضع له اصطلاحاً .

المراد بهذه القاعدة أنه إذا كان للفظ معنيان متساوٍ استعمالهما ، معنى حقيقي ومعنى مجازي ، وورد مجرداً عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر يراد به حينئذٍ المعنى الحقيقي لا المجازي ، لأن المجاز ، كما قلنا أولاً ، خلف عن الحقيقة ، فترجح هي عليه في نفسها :

وذلك كلفظة النكاح ، فإنها حقيقة في الوطء مجاز في العقد ، وقد تساوى

استعمالهما فيهما ، فإذا جاء مجرداً عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر ، كما في قوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) ترجحت الحقيقة، لأنها الأصل ولم يوجد صارف عنها إلى المجاز فتكون حرمة موطوءة الأب ثابتة بالنص ، وأما حرمة من عقد عليها الأب عقداً صحيحاً ولم يدخل بها فثابتة بالإجماع .

وإذا قدمت الحقيقة على المجاز عند تساويهما في الاستعمال كان تقديمها حين تكون هي أكثر استعمالاً بالأولى .

أما إذا وجد مرجح للمجاز فلا شك في تقديمه على الحقيقة ، كما في قول الأعشى :

فلا تقربن جارة إن سرها عليك حرام فانكحن أو تأبدا

فإن المراد المعنى المجازي وهو العقد ، والقرينة فيه صدر البيت .

وقد تتحتم الحقيقة لاستحالة المعنى المجازي ، كما في قول الفرزدق :

إذا سقى الله قوماً صوب غادية فلا سقى الله أهل الكوفة المطرا
التاركين على طهر نساءهم والناكحين بشطي دجلة البقرا

وكما يصار إلى المجاز عند وجود مرجح له على الحقيقة يصار إليه أيضاً عند تعذر الحقيقة ، أو تعسرها ، أو معارضة العرف والعادة لها .

أما تعذرها فإنه يكون إما باستحالتها لعدم وجود فرد لها في الخارج ، كما لو وقف على أولاده وليس له إلاّ أحفاد ، فإنه يصرف إليهم لأنهم اولاده مجازاً . فاذا ولِد له ولد صلبي يصرف إليه تقديماً للحقيقة .وإما بكونها غير جائزة شرعاً، كالوكالة بالخصومة فإنها بالمعنى الحقيقي غير جائزة شرعاً. لأن معناها الحقيقي هو المنازعة، والمنازعة منهي عنها قال سبحانه :(ولا تنازعوا) فتحمل على المعنى المجازي لها وهو إعطاء الجواب.

وأما تعسرها فإنه يكون بعدم حصولها إلاّ بمشقة . كما سيأتي توضيحه في الكلام على المادة / 61 / .

وأما مخالفة العرف والعادة لها فسيأتي في الكلام على المادة الموفية أربعين .

وأما إذا كان المعنى المجازي أكثر استعمالاً من المعنى الحقيقي فالعمل بالمجاز

على وجه عام يجعل الحقيقة فرداً من أفراده أولى عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، ترجيحاً بكثرة الاستعمال ، وهـذا هو الـذي يريدونـه من لفظـة (عمـوم المجاز) . وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه العمل بالحقيقة ، والحالة هذه ، أولى أيضاً ، لأنها الأصل فما دامت مستعملة لا يعدل عنها وإن قل استعمالها .

وذلك كما لو حلف بطلاق امرأته على أن لا يأكل من هذه الحنطة ، أو على أن لا يأكل من هذه الغنم ، وكانت مقتناة للدر والنسل ، فإن المعنى الحقيقي ، وهو الأكل من عين الحنطة أو الغنم ، مستعمل ، ولكن المعنى المجازي ، وهو الأكل مما يخرج منهما ، أكثر استعمالاً . فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يقع الطلاق على الحالف إلاّ بالأكل من عينها لأنه المعنى الحقيقي ، وعنـدهما يقـع عليه بالأكل من عينهما وبالأكل مما يخرج منهما ، وذلك بأن يراد بما يقع عليه الأكل منهما معنى أعم تكون الحقيقة فرداً من جملة أفراده ، كأن يراد لا يوقع فعل الأكل على شيء حاصل من هذه العين مثلاً .

ثانياً) ـ التطبيق

مما يتفرع على هذه القاعدة :

أ) ـ ما لو أوصى أو وقف على أولاد أولاده ، دخـل أولاد البنـات على الراجح ، لأن ولد بنت الإنسان ولد ولده حقيقة .

ب) ـ ومنه ما لو حلف بطلاق زوجته أن لا يفعل الشيء الفلاني ، فوكل غيره ففعله الوكيل لا يحنث إذا كان فعل ذلك الشيء لا يقبل التوكيل به أصلاً ، أو كان يقبل التوكيل ولكنه كان من الأفعال التي لا يلزم الوكيل حين فعله لها أن يضيفها إلى الموكل .

وبيان ذلك أن الأفعال بالنسبة لقبول التوكيل وعدمه على نوعين : (1) نوع منها يقبل التوكيل ، (2) ونوع منها لا يقبله .

أولاً) ـ أما الأفعال التي لا تقبل التوكيل أصلاً فهي الأفعال الحسية ، كالأكل والشرب والدخول والخروج والنوم وما شاكلها . فلو حلف على عدم فعل شيء من هذه الأفعال فأمر غيره ففعل لا يحنث لعدم صحـة أمره بها ، وإذا لم يصح أمره بها لا

يمكن أن يعتبر فاعلاً المحلوف عليه ، إذ لا يمكن أن يعتبر أكل غيره مثلاً أو دخوله أو خروجه أو نحو ذلك من الأفعال الحسية واقعاً عنه اصلاً ، فلا يحنث في شيء منها إلاّ أن يفعل المحلوف عليه بنفسه .

ثانياً) ـ وأما الأفعال التي تقبل التوكيل فهي على نوعين أيضاً : (1) نوع منها يجب على الوكيل لأجل وقوعه عن الموكل أن يضيفه إلى موكله (2) ونوع منها لا يجب على الوكيل إضافته إليه ، بل يقع عنه وينفذ عليه وإن لم يضفه اليه .

1) ـ فالذي يقع عن الموكل وينفذ عليه من التصرفات بدون إضافة اليه سبعة ، هي : البيع ، والشراء ، والإيجار ، والاستئجار ، والقسمة ، والخصومة ، والصلح عن مال بمال . فلو حلف على شيء منها أنه لا يفعله ، وكان ممن يباشر هذه التصرفات بنفسه ، فأمر أو وكل غيره ففعل عنه لا يحنث ، وذلك لأن هذه العقود يستغني المأمور فيها عن إضافتها إلى آمره ويضيفها إلى نفسه فيقول : بعت أو اشتريت أو آجرت . . الخ . ولا يلزمه لأجل أن تقع عن الموكل أن يقول : باع موكلي أو بعت عن موكلي ، أو اشترى موكلي أو اشتريت عن موكلي أو لموكلي . . الخ . وكذلك وكيل الخصومة يقر أو ينكر أو يأتي بالدفع ويقع ذلك عن موكله بدون أن يضيفه اليه سواء كان مدعياً أو مدعى عليه .

فإذا كان الحالف ممن يباشر هذه العقود بنفسه لم يكن هناك مرجح للمجاز فتنصرف اليمين إلى الحقيقة ، وهي فعله بنفسه ، ولم يوجد فلا يحنث ، لأن الفاعل حقيقة غيره ، بخلاف ما إذا كان المعهود من حال الحالف أن لا يباشر هذه الأعمال بنفسه فإن ذلك منه قرينة على ترجيح المجاز ، وهو إرادة ما يشمل فعل نائبه ، فيحنث حينئذٍ بفعل وكيله كما يحنث بفعل نفسه .

وهذا بالنسبة لما عدا الصلح من التصرفات الستة المذكورة جار على إطلاقه ، وأما في الصلح فإنه يشترط أن يكون فيه معنى أحد عقود المعاوضات المالية ، كالبيع والإجارة ، فإذا وجد معنى أحدهما فيه كان في حكمها ، إذ الصلح يعتبر بأقرب العقود إليه وحكمها ـ أي عقود المعاوضات المالية ـ كما ذكرناه آنفاً حكماً للمسائل الست ، من أن الحالف إذا كان ممن يباشر العقود بنفسه لا يحنث بفعل وكيله وإلاّ فيحنث ، وإن الصور التي يكون الصلح بمعنى أحد عقود المعاوضات المالية تعلم مما كتبناه في شأن الصلح تحت القاعدة الثانية فليرجع إليه .

2) ـ وأما الذي لا يقع عن الموكل ولا ينفذ عليه من الأفعال التي تقبل التوكيل إلاّ إذا اضافه الوكيل اليه حين يفعله فهي ما عدا هذه السبعة المذكورة من التصرفات التي تقبل التوكيل ، كالنكاح والطلاق والإبراء والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة والإيداع والإعارة وما شاكلها.

وحكمها أنه يحنث الحالف فيها بفعله وفعل وكيله ، فلو حلف بالطلاق لا يتزوج مثلاً فوكل آخر فزوجه حنث ، وكذلك بقية المذكورات ، وذلك لأن الوكيل فيها سفير ومعبر عن الموكل وناقلٍ لعبارته ، ولذا لا تتعلق حقوق هذه التصرفات به بل بالموكل ، فاعتبر الموكل فاعلاً لها فيحنث .

والحاصل : أن من حلف لا يفعل أمراً فوكل غيره ففعله لا يحنث في ثمانية محلات ، السبعة المذكورة التي هي البيع وما عطف عليه ، والثامن ما لا يقبل التوكيل من الأفعال المذكورة ونحوها . ويحنث فيما عدا هذه الثمانية بفعله وفعل وكيله .

وقد نظم بعضهم ما لا يحنث فيه بفعل وكيله فقال :

ببيع شراء صلح مال خصومة	بفعل وكيل ليس يحنث حالف
كذا قسمة والحنث في غيرها اثبت	إجارة استئجار الضرب لابنه

ومراده بالضرب لابنه الإشارة إلى كل ما لا يقبل التوكيل والاستنابة من الأفعال ، ولذا قالوا إن مراده بالابن الولد الكبير فإنه هو الذي لا يصح أمر الأب بضربه لانقطاع ولايته عنه بالبلوغ ، وإذا لم يصح أمره لا يقع فعل المأمور عنه فلا يحنث (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من باب اليمين في البيع والشراء ، ومن باب الحلف على القول من الدرر وغيره من كتب المذهب ـ لكل هذه الأحكام) لكن نقل في الفتاوى الخيرية من الحضانة عن الاسبيجابي أن للأب أن يؤدب ولده البالغ إذا وقع منه شيء فليتأمل . ويمكن أن يجاب عنه بأنه يملك تأديبه بحكم حق الأبوة ووجوب الطاعة ، لا بحكم الولاية فإنها منقطعة .

تنبيه :

لا يخفى أن كون الحقيقة تقدم على المجاز عند التساوي في الاستعمال ليس من الأدلة القوية التي يرفع لها ما كان ثابتا ومتقررا ، بل هو مساو في القوة للظاهر الذي

يستأنس به ليترجح أحد الاحتمالين المتساويين على الآخر ، (رَ : ما تقدم في الكلام على المادة الثامنة) .

فإذا كان تقديم الحقيقة على المجاز يؤدي إلى رفع ما هو ثابت ومتقرر يترجح المجاز الذي لا يؤدي إلى ذلك حينئذ على الحقيقة ، فقد قدمنا تحت المادة السابقة عن الرحمتي عن قاضيخان ما لفظه : « إن الظاهر لا يصلح حجة لإبطال ما كان ثابتاً » .

ولهذا شرطت نية الهبة في منحتك ثوبي هذا وحملتك على دابتي هذه ليكون تمليكا، وبدون نية الهبة يكون عارية، مع أن كلا اللفظين حقيقة في تمليك العين عرفاً مجاز في تمليك المنفعة عارية (رَ : الدرر ، من أوائل كتاب العارية) . وقال صاحب الدرر في تعليله ـ بعد كلام ـ : « لأن الحقيقة إنما تراد باللفظ بلا قرينة إذا لم يعارضها مجاز مستعمل ، فإن النية إذا انتفت كان المعنى العرفي واللغوي المستعمل متساويين في الإرادة ، فيجب حمل اللفظ على الأدنى لئلا يلزم الأعلى بالشك » .

وتعليله هذا هو بمعنى ما قدمناه من ترجيح المجاز إذا لزم من تقديم الحقيقة رفع أمر متقرر ثابت فإن الأمر الأعلى الذي احترز عن لزومه بقوله «لئلا يلزم الأعلى بالشك » هو الأمر المتقرر الثابت بعينه ، وهو ملك صاحب الثوب والدابة ، فإن ملكه ثابت ومتقرر فيهما فلا يرتفع بدليل فيه شك واحتمال وان كان مستعملا في حقيقة ، حيث زاحمها المجاز المساوي لها في الاستعمال ، وهو احتمال إرادة معنى تمليك المنفعة عارية دون العين .

وعلى هذا يتخرج ما ذكروه من ان البيع لا ينعقد بلفظ المضارع كأبيع إلا بالنية مع أن الأصح أنه حقيقة في الحال ، وذلك لكثرة استعماله في الاستقبال (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من أوائل البيوع) فقد قدم فيه المعنى المجازي، وهو الوعد ، على المعنى الحقيقي ، وهو تنجيز البيع في الحال ، لأن تقديم المعنى الحقيقي فيه يلزم منه رفع الأمر الثابت المتقرر ، وهو ملك البائع ، بدليل فيه شك واحتمال ، وهو غير جائز وإن كان مستعملا في حقيقة بعد أن زاحمها المعنى المجازي المستعمل ولزم من تقديمها رفع الأمر الثابت المتقرر المذكور .

تنبيه آخر :

الأولى وضع هذه المادة عقب المادة الموفية ستين ، لتكون هي والمادة / 61 و

62 / بمنزلة البيان والتفصيل لما أجمل في تلك .

ملاحظات :

١ ـ يزاد في مسائل ثبوت الفرع دون الأصل ما لو ولدت الأمة المتزوجة فادعى مولاها نسب ولدها ، فإن هذه الدعوى غير صحيحة بل يثبت النسب من الزوج لكن يصير الولد حراً وتصير الأمة أم ولد للمولى (رَ : الدرر ، في ثبوت النسب) .

٢ ـ ينبغي ان يزاد أيضا في قاعدة إذا زال المانع عاد الممنوع ما لم تزوجت صاحبة حق الحضانة بغير محرم من الصغير ثم طلقت حيث يعود حق حضانتها ، وما لو عادت الناشزة إلى بيت زوجها حيث تعود نفقتها ، فإن ذلك من زوال المانع لا من عود الساقط كما في الشرنبلالية والدرر من أوائل الحضانة .

* * *

القاعدة الثانية عشرة (المادة/ 13)

«لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح»

أولا) ـ الشرح

« لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح » لأنها دونه في الإفادة وهو فوقها .

والدلالة بفتح الدال في المعقولات ، وبكسرها في المحسوسات . وهي : كون الشيء بحال يفيد الغير علما .

وتكون لفظية وغير لفظية ، وكل منهما ثلاثة أقسام : وضعية ، وعقلية ، وطبيعية . فاللفظية الوضعية : كدلالة الألفاظ على ما وضعت له . واللفظية العقلية : كدلالة اللفظ على وجود اللافظ . واللفظية الطبيعية : كدلالة (اح) على وجع الصدر و(أخ) على مطلق الوجع . وغير اللفظية الوضعية : كدلالة الدوال الأربع على مدلولاتها .

وغير اللفظية العقلية : كدلالة المصنوعات على وجود الصانع . وغير اللفظية الطبيعية : كدلالة الحمرة على الخجل والصفرة على الوجل .

والظاهر أن الدلالة الوضعية اللفظية والدلالة العقلية بقسميها اللفظي وغيره غير مرادتين في القاعدة المذكورة ، لأن اللفظية الوضعية هي التصريح الذي تلغى الدلالة بمقابله ، ولأن العقلية بقسميها إذا لم نقل إنها فوق التصريح فليست دونه .

فيبقى المراد حينئذ بالقاعدة المذكورة دلالات ثلاثاً ، وهي : اللفظية الطبيعية ، وغير اللفظية الوضعية ، وغير اللفظية الطبيعية .

فالأولى : كما إذا قبل التهنئة بعد تزويج الفضولي له كان ذلك إجازة منه للعقد طبعاً ولكن إذا كان وقع رده قبل ذلك صريحاً ارتد .

والثانية : مثل المحاريب والأعلام والأميال والحفر والاغلاق والستور التي تتخذ وتنصب بازاء ملك الغير من أرض أو بستان أو حانوت لتدل على الإذن بالدخول أو على عدمه ، فإنها تعتبر ويعتمد عليها ولكن إذا وجد التصريح بخلافها تلغى تلك الدلالة .

والثالثة : مثل دلالة ضحك البكر بلا استهزاء عندما بلغها خبر تزويج الولي فإنه يعتبر إجازة لكن إذا وجد قبله أو معه تصريح بالرد تلغى تلك الدلالة .

ثانيا) ـ التطبيق

يتفرع على تلك القاعدة مسائل كثيرة :

أ) ـ منها: أنه يستدل على مصارف الوقف بتعامل القوام السابقين، ولكن إذا وجد كتاب الواقف الموثوق به فلا عبرة بتعامل القوام على خلافه (رَ: الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، وتنقيح الفتاوى الحامدية ، من كتاب الوقف) .

ب) ـ ومنها : ما إذا باع عقاراً بيعاً صحيحاً شرعياً ، ثم ادعى أن البيع كان وفاء ، وقال المشتري انه بات قطعي ، ينظر : فإن كان هناك دلالة على الوفاء ككون الثمن دون ثمن المثل بغبن فاحش تسمع دعوى الوفاء من البائع ويكون القول قوله (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، قبيل الكفالة) .

ولكن إذا وجد التصريح بالبتات فلا يعمل بتلك الدلالة ، ولا تسمع دعوى الوفاء حينئذ (رَ : المادة / 1658 / من المجلة) .

ج) ـ ومنها : ما إذا قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن بمشهد من البائع ولم ينهه ، صح القبض وسقط حق الحبس بالثمن بدلالة السكوت على الإذن ، ولا يملك استرداده بل يطالبه بالثمن فقط(رَ : رد المحتار ، من فصل ما يدخل في البيع تبعا ، عند قول المتن : ويسلم السلعة) .

أما لو وجد صريح النهي فلا يسقط حق الحبس ، وله أن يسترده منه ويحبسه بالثمن ، كما يستفاد من المحل المذكور ، وكذلك لو قبض الموهوب له الهبة بحضرة الواهب ولم ينهه صح قبضه وتمت الهبة ، ولا يملك الاسترداد منه بدون قضاء أو

رضاء (رَ : الدر المختار ، كتاب الهبة) ومفهومه أنه لو نهاه صريحاً لم يصح قبضه ، فله استرداده منه (رَ : المادة / 57 / من المجلة) .

د) ـ ومنها : ما لو زوج الأب ابنه الصغير وضمن عنه المهر ثم دفعه عنه ، أو كان دفعه بلا ضمان ، فإنه لا يرجع على الصغير إلا إذا أشهد عند الضمان أو عند الدفع أنه يدفع ليرجع (رَ : رد المحتار ، من المهر ، عند قول المتن : لا يطالب الأب بمهر ابنه الصغير . . الخ . .) وعللوه بأن عدم الرجوع إنما هو لجريان العادة بأن يتحمل الأب مهر ابنه الصغير بلا طمع في الرجوع فيكون متبرعاً دلالة ، ولكن إذا شرط الرجوع صريحا تنتفي تلك الدلالة ، لأن الصريح يفوقها .

هـ) ـ ومنها : ما لو اشترى إنسان حماراً مثلا ثم جاء ليرده بطريق الإقالة فصرح له البائع بأنه لا يقيله ، واستعمل البائع ذلك الحمار أياماً فطالبه المشتري برد الثمن فامتنع عن رده وعن قبول الإقالة ، كان له ذلك ، لأنه لما رفض الإقالة صريحاً بطل كلام المشتري فلا تتم الإقالة باستعماله له . (رَ : الدر المختار ، عن الفتاوى الخانية ، من الإقالة عند قول المتن : ويتوقف على قبول الآخر في المجلس) . فقد لغت دلالة استعمال البائع للحمار على الإقالة في مقابلة تصريحه برفضها .

و) ـ ومنها : ما في الدر المختار وحاشيته ، عن القنية ، أثناء الكلام على بيع التعاطي : لو وضع الدراهم وأخذ البطاطيخ وذهب بها والبائع يصيح : لا أعطيها بهذا الثمن ، وكان معلوماً أن مراده تطييب قلب المشتري بذلك لا عدم الرضا ، فإنه لا ينعقد البيع .

ز) ـ ومنها : ما لو عقد على أختين متعاقباً ونسي الأول ، ثم دخل على إحداهما اعتبر دخوله بها بياناً لكونها هي السابق نكاحها ، فإذا صرح بعد دخوله بها أن تلك الأخرى هي السابق نكاحها يعتبر تصريحه بذلك ، إذ الدلالة لا تعارض التصريح (رَ: رد المحتار، من المحرّمات، عند قول المتن: وإن تزوجهما معاً أو بعقدين ونسي الأول) .

ح) ـ ومنها : ما لو تنازع شخصان شيئاً في يد أحدهما وكل منهما يزعم أنه ملكه بالشراء من شخص ثالث ولم يذكرا تاريخ الشراء أو ذكره أحدهما فقط وأقام كل منهما البينة على دعواه ، ترجح بينة ذي اليد ، لأن تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه ، لكن لو ادعى الخارج أن شراءه قبل شراء ذي اليد وأقام بينة شهدت له بذلك

يحكم له ، لأن تصريح الشهود يفوق دلالة اليد على سبق الشراء . (رَ : الدرر وغيره ، من باب دعوى الرجلين) .

ط) ـ وكذلك منها : ما لو تنازع رجلان في امرأة ، فكل منهما يدعي أنها زوجته ، وأقاما بينتين على ذلك ولم يبينا تاريخاً للنكاح ، ينظر : فإن لم يكن دخل بها أو نقلها إلى منزله أحدهما ترد البينتان ، لعدم إمكان الاشتراك في النكاح ، ويحكم بنكاحها لمن تصدقه هي منهما ، وإن كانت في بيت أحدهما أو كان دخل بها ترجح بينته ولا يلتفت إلى تصديقها لخصمه الآخر ، لأن تمكنه من نقلها أو الدخول بها هو دلالة على سبق عقده ، إلاّ إذا برهن الآخر على أنه تزوجها قبله فيكون حينئذٍ هو أولى بها ، لأن الصريح يفوق الدلالة (رَ : الدرر ، من الباب المذكور) .

وإذا كانت المدعى نكاحها ميتة يختلف الحكم فيها حينئذٍ ، وقد قدمناه في البند / 12 / من كلامنا على المادة الثالثة : « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني » فانظره هناك .

تنبيهات :

ـ إنما يعتبر الصريح ويقدم على الدلالة إذا لم يجيء بعد أن تعمل الدلالة عملها ، أما إذا جاء بعد أن عملت الدلالة عملها تعتبر الدلالة دون التصريح (رَ : الدرر ، أوائل البيوع ، عند قول المتن : ويبطل الإيجاب بقيام أيهما عن المجلس قبل القبول) حيث قال هناك : لأن القيام دليل الرجوع ، والدلالة تعمل عمل الصريح . اعترض بأنها إنما تعمل عمله إذا لم يوجد صريح يعارضها ،وهاهنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح ولم يعتبر . ورد بأن الصريح إنما وجد بعد الدلالة ولذا لم يعارضها .

ـ قد تكون الدلالة في بعض الأوقات أقوى من الصريح ، يثبت بها ما لا يثبت به ، وذلك في مسألة واحدة لم أظفر بثانية لها ، وهي ما نصوا عليه من أن الحاكم ليس له أن يستنيب آخر عنه إلاّ إذا كان مفوضاً له بالاستنابة صريحاً ، كولِّ من شئت ونحوه ، أو مفوضاً له دلالة كجعلناك قاضي القضاة . فاذا كان التفويض له صريحاً بما ذكر فإنه يملك الاستنابة ولا يملك عزل النائب ، أما إذا كان التفويض له دلالة فإنه يملك الاستنابة والعزل (رَ : الدر المختار ، فصل الحبس ، عند قول المتن : ولا

يستخلف قاض) . فقد عملت الدلالة هنا ما لا يعمله الصريح ، ويثبت بها ما لم يثبت به .

ـ إن ما نقل عن الدرر من كتاب البيوع يشكل عليه ما نقل سابقاً عن رد المحتار من كتاب النكاح ، باب المحرمات ، من اعتبار وطء الزوج إحدى الأختين بياناً لكونها هي السابق نكاحها ثم إذا صرح بأن الثانية هي ذات النكاح السابق اعتبر تصريحه ، حيث إن التصريح فيها جاء معتبراً بعد أن عملت الدلالة عملها .

ويمكن أن يجاب بأن تبين ذات النكاح السابق أمر تابع للواقع ونفس الأمر ، لا للبيان . فوطء الزوج لإحداهما لا يجعلها هي ذات النكاح السابق في نفس الأمر ، بل يجعل بياناً ضرورة حمل فعله على الصلاح ، فإذا صرح بعده بأن الأخرى هي السابق نكاحها كان تصريحه فوق البيان الذي صير إليه ضرورة ، وأقوى في الدلالة على الواقع ونفس الأمر ، فاعتبر .

ثالثاً) ـ المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة :

أ) ـ ما لو اشترى شيئاً ثم اطلع على عيب فيه فاستعمله استعمالاً يدل على الرضا بالعيب وهو يصرح بعدم الرضا به فإنه يلزمه المبيع ولا يقبل منه تصريحه بعدم الرضا (ر : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من خيار العيب) .

ب) ـ ويستثنى أيضاً ما لو بنى المتولي أو غرس في عقار الوقف ولم يشهد أنه لنفسه ثم اختلف مع المستحقين فقال : فعلته لنفسي ، وقالوا : بل للوقف ، فالقول قولهم ، ترجيحاً للدلالة بكونه متولياً ، وبناؤه وغرسه لنفسه غير جائز ويعدُّ خيانة منه ، والأصل عدمه على تصريحه بأنه فعل لنفسه (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من الوقف) .

ج) ـ ويستثنى أيضاً : ما لو اشترى انسان حيواناً ثم قال لمن يساومه عليه : اشتره فلا عيب به ، ولم يتفق بينهما البيع ثم وجد به عيباً ، فله رده على بائعه ، ولا يمنعه إقراره السابق لمن ساومه بأنه لا عيب فيه لأن كلامه ذلك مجاز عن الترويج ، لظهور أنه لا يخلو عن عيب ، فيتيقن بأن ظاهر إقراره غير مراد .

إلاّ إذا كان عيَّن نوع العيب فقال : لا شلل به أو لا عور مثلاً ، فإنه لا يرده بعد ذلك بهذا العيب الذي نفاه ، لأنه يحيط العلم به فيعتبر إقراره ويحكم بأن هذا العيب حدث عنده بعد إقراره بعدمه . (رَ : تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار ، في باب خيار العيب ، عند قول المصنف : اشترى عبداً فقال لمن ساومه اياه اشتره فلا عيب به) .

* * *

القاعدة الثالثة عشرة (المادة/ 14)

« لامساغ للاجتهاد في مورد النص »

أولاً) ـ الشرح

[لامساغ للاجتهاد في مورد النص] لأن الحكم الشرعي حاصل بالنص، فلا حاجة لبذل الوسع في تحصيله . ولأن الاجتهاد ظني والحكم الحاصل به حاصل بظني ، بخلاف الحاصل بالنص فإنه يقيني ، ولا يترك اليقيني للظني .

المراد بالنص الذي لامساغ للاجتهاد معه هو المفسر المحكم ، وإلاّ فغيرهما من الظاهر والنص لا يخلو عن احتمال التأويل . وبيان ذلك أن أقسام الدليل اللفظي بحسب الإفضاء إلى الأحكام اربعة :

- ظاهر : وهو ما ظهر المراد منه بصيغته مع احتمال التأويل .
- ونص : وهو ما ازداد وضوحاً على الظاهر بمعنى سِيق له الكلام لأجله ، لا من نفس الصيغة ، مع احتمال التأويل أيضاً .
- ومفسر : وهو ما ازداد وضوحاً على النص على وجه لا يبقى معه احتمال التأويل .
- ومحكم : وهو ما أحكم المراد منه من غير احتمال تأويل ولا نسخ .

فحيث كان الأوّلان لا يخلوان عن احتمال التأويل يكون مساغ للاجتهاد موجود معهما .

المراد بالنص ها هنا : الكتاب والسنة المشهورة والإجماع ، فلا يجوز الاجتهاد

في مقابلة المفسر والمحكم منها ، فبطل القولُ بحل المطلقة ثلاثاً للأول بمجرد عقد الثاني عليها بلا وطء ، والقولُ بحل نكاح المتعة ، والقولُ بسقوط الدين بمضي سنين بلا مطالبة ، والقولُ بالقصاص بتعيين الولي واحداً من أهل المحلة وحلف . أيماناً على أنه هو القاتل ، وبطل القولُ بأن لا دخل للنساء في العفو عن دم العمـد ، والقولُ ببطلان إقرار المرأة ، وبطلان وصيتها بغير رضاء زوجها . لعدم استنادها إلى دليل معتبر ، ولمخالفتها للنصوص الشرعية التي لا تحتمل التأويل . (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، كتاب القضاء . ومعين الحكام ، من فصل فيما لا ينعقد من احكام القاضي) .

ومثل لفظ الكتاب والسنـة لفـظ شرط الـواقف ولفـظ الموصي ، فإنهما كنص الشارع في المفهوم والدلالة ووجوب العمل به (ر : التنقيح) ما لم يكن فيه تغيير لحكم الشرع ، فلو كان ، كما لو شرط أن المتولي أو الوصي لا يحاسب ، فإن شرطه لا يراعى . (رَ : الدر المختار وغيره ، من كتاب الوقف) .

تنبيه :

قولهم : « لامساغ للاجتهاد في مورد النص » لا فائدة لوضعه هنا فيما يتبادر ، لأن باب الاجتهاد مسدود الآن في وجه من يتصدى لدخوله مطلقاً ، سواء كان في مورد نص لا يسوغ الاجتهاد فيه أو لا . ففي « الخلاصة » من آخر فصل الحبس : ليس أحد من أهل الاجتهاد في زماننا.

ويحتمل أن يكون المقصود من وضع هذه القاعدة المذكورة الإيمـاء للمفتـين والقضاء بأن يقفوا عند حدهم ، ويقصروا أنظارهم أن تتطلع وُأعناقهم أن تمتد إلى مجاوزة ما فوض إليهم من الاجتهاد في ترجيح إحدى روايتين متساويتين أو احد قولين متعادلين يختلف الترجيح فيهما بحسـب الحـوادث والأشخـاص إلى ما لم يفـوض اليهم .

وذلك مثل ما قالوا في الزوج إذا أوفى زوجته معجل مهرها فهل له أن يسافر بها أو لا ؟ فظاهر الرواية أن له ذلك ، وقال ابو القاسم الصفار وأبو الليث : ليس له ذلك لفساد الزمان وسوء حال الأزواج ، واختار بعضهم تفويض ذلك للمفتي ، فمتى علم من حاله الإضرار بها أفتاه بعدم الجواز ، ومتى علم منه غير ذلك أفتاه

بالجواز . وقد نصوا في مثل هذا على أن المفتي لا بدّ له من نوع اجتهاد وإنه يفتي بما وقع عنده من المصلحة .

وكما قالوا في حق سقوط نفقة الزوجة بالطلاق البائن إذا كانت غير مستدانة بأمر القاضي ، أن القاضي ينظر في حال الزوج ، فإن كان طلقها بائناً توصلاً لإسقاط النفقة المتراكمة عن نفسه رد قصده عليه وحكم عليه بعدم سقوطها عنه ، وإن كان أبانها لا لهذا حكم بسقوطها (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من النفقة) .

وكما فوض اليه الاجتهاد في تقدير حبس المديون مدة يغلب على ظنه أنه لو كان له مال لأظهره .

وفوضوا إليه الاجتهاد في تقدير تعزير المذنب بحسب ما يراه كافياً لزجره من حبس أو ضرب أو تعبيس في وجهه .

وفوضوا إليه النظر والاجتهاد في بيع الأب والوصي عقار الصغير ، فإن رأى أن نقضه أصلح للصغير وأنفع فله نقضه (رَ : فيض المستفيض في مسائل التفويض للغزي) .

وقد فوضوا أيضاً للحاكم تحليف الشهود إذا رأى ذلك ، لفساد الزمان ، كما سيأتي في الكلام على المادة / 39 / : « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » نقلاً عن معين الحكام .

فيحتمل أنهم أرادوا بوضع هذه القاعدة هنا إيقاف اجتهادهم وقصره على مثل هذا . وأما فيما عداه مما لم يفوض اليهم وقد وقع فيه الخلاف فلا مساغ لاجتهادهم فيه بل الترجيح فيه تابع لترجيح المرجحين من علماء المذهب على حسب ما هو مبسوط في « رسم المفتي » فليس للمفتي ولا للقاضي مخالفة ما رجحوه باجتهاد منه ، ولو فعل لا يقبل منه ، لأنه اجتهاد في مورد النص ، والنص لامساغ للاجتهاد في مورده .

وإذا صحّ ما ذكرناه يكون المراد بالنص هاهنا هو المنقول في كتب المذهب ، لا ما سبق .

* * *

القاعدة الرابعة عشرة (المادة/15)

«ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه»

أولاً) ـ الشرح

« ما ثبت » من الأحكام بالنص الوارد « على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه » .

القياس : جعل الحكم في المقيس مثل الحكم في المقيس عليه بعلة واحدة فيهما ، وهو حجة عند الفقهاء والمتكلمين بقوله سبحانه وتعالى : (فاعتبروا يا أولي الأبصار) لأن الاعتبار هو النظر في الثابت لأي معنى ثبت وإلحاق نظيره به ، وهو القياس بعينه .

وشرط الاستدلال بالقياس عدم وجود النص في المقيس ، لأن القياس إنما يصار إليه ضرورة خلو الفرع عن حكم ثبت له بطريق التنصيص ، فإذا وجد التنصيص على الحكم فلا قياس .

والاستدلال في بعض المسائل بالنص والقياس معاً إنما هو لأجل أن الخصم إن طعن في النص بأنه منسوخ أو غير متواتر أو غير مشهور أو مؤ ول يبقى القياس سالماً لا مطعن فيه ، لا لأنه دليل على تقدير سلامة النص من الطعن .

وليس القياس عملاً بالظن كما يقول البعض ، بل هو عمل بغالب الظن وأكبر الرأي ، والعمل بغالب الظن واجب وإن بقي معه ضرب احتمال . والمماثلة بين المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه غير واجبة لصحة القياس ، بل الواجب المماثلة في علة الحكم فقط .

ثانياً) ـ التطبيق

قد ثبت على خلاف القياس أحكام كثيرة تفوق الحصر ، فيقتصر فيها على مورد النص ، ولا يقاس عليها غيرها :

أ) ـ منها : الحدود ، فقد ورد للسارق القطع فلا يقاس عليه النباش مثلاً .

ب) ـ ومنها : الإجارة ، فإنها بيع المنافع وهي معدومة ، وبيع المعدوم باطل ، ولكن جوزت للضرورة ، وهي الحاجة إليها ، فإن المعتمد في المذهب أن القياس يترك فيما فيه ضرورة (رَ : الفتاوى الخيرية في كتاب الوقف ، في أثناء جواب سؤ ال رفع إليه في استدانة المتولي ، نقلاً عن البحر وغيره) فيقتصر فيها على موضع الحاجة ، ولا يقاس عليها ما لا حاجة فيه ، فلا يجوز إيجار متحدي المنفعة مقايضة ، كسكنى دار أو حانوت . بسكنى نظيره ، لعدم الحاجة إليها .

ب) ـ ومنها : المزارعة والمساقاة ، فإن القياس عدم جوازهما لأنهما استئجار للمزارع والمساقي ببعض الخارج من عمله منهي عنه . ولكنهما جوزتا لورود الأثر فيهما ، فلا يقاس عليهما غيرهما مما فيه استئجار ببعض الخارج من العمل ، كعصر الزيتون والسمسم وغزل القطن بجزء من زيته أو شيرجه أو غزله مثلاً .

ج) ـ ومنها : التحالف ، فإنه ثبت في البيع على خلاف القياس إذا كان المبيع مقبوضاً ، فلا يقاس عليه النكاح مثلاً . أما قبل قبض المبيع فهو على القياس (رَ : الدرر شرح الغرر ، كتاب الدعوى ، التحالف) .

د) ـ ومنها : السلم والاستصناع والوصية . . . والتتبع ينفي الحصر .

تنبيه :

لا مخالفة بين كون الحنفية يقدمون القياس على خبر الواحد وبين قولهم في الوقف أنهم يعملون بالمرسل ويقدمون خبر الواحد على القياس . وذلك لأن تقديمهم القياس على خبر الواحد إنما هو فيما إذا كان المقيس عليه ثبت حكمه بدليل قطعي أو مشهور ، وتقديمهم خبر الواحد على القياس إذا ثبت حكم المقيس عليه بآحاد .

تنبيه آخر :

القياس بعد الأربعمائة منقطع ، فليس لواحد أن يقيس مسألة على مسألة (رَ : رد المحتار ، من الإمامة) وعليه فلا يكون هناك فائدة لوضعهم هذه القاعدة في المجلة ، إذ القياس غير سائغ الآن مطلقاً ، لا فيما ثبت على القياس ولا فيما ثبت على خلافه .

اللهم إلا أن يكون تصديرهم المجلة بهذه القواعد بمثابة بيان الأصول التي استنبطت منها المواد المفرعة فيها .

* * *

القاعدة الخامسة عشرة (المادة/ 16)

« الاجتهاد لا ينقض بمثله »

أولاً) ـ الشرح

الاجتهاد لا ينقض بمثله إجماعاً أي في المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد ، لأنه لو نقض الأول بالثاني لجاز أن ينقض الثاني بثالث ، لأنه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغير ، وذلك يؤدي إلى عدم الاستقرار

وهذا في حق الماضي ، فلو كان قضى قاض في حادثة باجتهاده ثم تبدل اجتهاده فرفع إليه نظيرها فقضى فيها باجتهاده الثاني لا ينقض الأول ، كما في الأشباه والنظائر ، لقول عمر رضي الله عنه حين قضى في حادثة بخلاف ما قضى في نظيرها قبلاً : تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي (رَ : شرح السراجية للسيد) .

وكذلك لو كان بين قاضيين ، بأن قضى شافعي مثلاً في حادثة مجتهد فيها بمذهبه ، ثم رفعت لآخر حنفي مثلاً يرى فيها غير ذلك لا يجوز له نقض قضاء الأول ، بل يجب عليه تنفيذه ويحكم في غيرها بما يراه .

وهذا ، أي عدم جواز مخالفة قضاء القاضي السابق ، فيما هو محل النزاع الذي ورد عليه القضاء ، أما فيما هو من توابعه فلا يتقيد بمذهب الأول ، فلو قضى شافعي بالبيع في عقار فللقاضي الحنفي أن يقضي فيه بالشفعة للجار ، وإن كان القاضي الأول لا يراها . وكذلك لو حكم قاضٍ بصحة الوقف لا يكون حكماً بالشروط ، فلو وقع التنازع في شيء من الشروط عند من يخالف فيها ، فله أن يحكم فيها بمذهبه ، لأن ذلك ليس محل النزاع لدى القاضي الأول ، كما لو حكم بالوقف ثم وقع التنازع في رجوع الشرط المتأخر للجملة المتقدمة مثلاً كما هو مذهب الحنفية ، أو

للأخيرة كما هو مذهب الشافعي ، فإنه يقضي القاضي الحنفي بمذهبه (رَ : الأشباه والنظائر لابن نجيم) .

وكذلك لو كان مقلد المجتهد في عمل فاستفتي فأفتى فيها بمذهب مجتهد آخر يخالف اجتهاد المجتهد الأول ، لا ينقض عمله السابق .

أما في حق المستقبل فلا يتقيد باجتهاده واستفتائه السابق أصلاً (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، كتاب الطلاق ، من باب تعليق الطلاق) .

تنبيه :

ما ذكر هو في القاضي المجتهد ، أما المقلد الذي تقلد القضاء مقيداً بمذهب معين ، فإنه يتقيد به ، فلو حكم بخلافه ينقض وإن وافق أصلاً مجتهداً فيه (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، كتاب القضاء ، من فصل الحبس) .

ولذا لو أخطأ في تطبيق الحادثة على الحكم الشرعي ، ثم ظهر ان النقل الشرعي بخلافه فإن حكمه ينقض . (رَ : المادة / 1838 / من المجلة) .

تنبيه آخر :

القاضي إذا قضى بالجور ثم ظهر الحق ، فإن كان قضى خطأ فإما أن يكون التدارك ممكناً أو لا ، فإن أمكن ، كما إذا قضى بمال أو طلاق ثم ظهر أن الشهود محدودون في قذف مثلاً ، بطل القضاء وعادت المرأة إلى زوجها ورد المال إلى من أخذ منه . وإن لم يمكن التدارك كالقصاص إذا نفذ لا يقتل المقضي له بل تجب الدية في ماله .

هذا إذا ظهر خطؤه بالبينة أو بإقرار المقضي له ، فلو بإقرار القاضي لا يظهر في حق المقضي له حتى لا يبطل القضاء في حقه .

كل ذلك في حق العبد ، أما في حق المولى سبحانه وتعالى ، كحد الزنى والسرقة والشرب ، إذا نفذ ثم ظهر خطؤه ، فالضمان في بيت المال .

وإن كان قضى بالجور عمداً وأقر به ، فالضمان في ماله في الوجوه كلها ، ويعذر ويعزل عن القضاء . (رَ : رد المحتار ، كتاب القضاء ، من فصل الحبس) .

* * *

القاعدة السادسة عشرة (المادة/ 17)

« المشقة تجلب التيسير »

أولاً) ـ الشرح

المشقة تجلب التيسير لأن الحرج مدفوع بالنص ، ولكن جلبها التيسير مشروط بعدم مصادمتها نصاً ، فإذا صادمت نصاً روعي دونها (رَ : الأشباه والنظائر لابن نجيم) .

المراد بالمشقة الجالبة للتيسير : المشقة التي تنفك عنها التكليفات الشرعية . أما المشقة التي لا تنفك عنها التكليفات الشرعية كمشقة الجهاد وألم الحدود ورجم الزناة وقتل البغاة والمفسدين والجناة ، فلا أثر لها في جلب تيسير ولا تخفيف .

ثانياً) ـ التطبيق

المشقة التي تجلب التيسير تحتها سبعة أنواع :

أولها) ـ السفر ، وتيسيراته كثيرة ، منها :

أ) ـ جواز تحميل الشهادة للغير في حد وقود .

ب) ـ ومنها : جواز بيع الإنسان مال رفيقه وحفظ ثمنه لورثته بدون ولاية ولا وصاية إذا مات في السفر ولا قاضي ثمة .

ج) ـ ومنها : جواز فسخ الإجارة بعذر السفر .

د) ـ ومنها : جواز تزويج الولي الأبعد للصغيرة عند عدم انتظار الكفء الخاطب استطلاع رأي الولي الأقرب المسافر .

هـ) ـ ومنها : جواز انفاق المضارب على نفسه في السفر من مال المضاربة .

و) ـ ومنها : جواز كتابة القاضي إلى القاضي في بلد المدعى عليه بشهادة شهود المدعي عنده .

ثانيها) ـ المرض . وتيسيراته كذلك كثيرة ، منها :

أ) ـ جواز تحميل الشهادة ، كما مر قريباً .

ب) ـ وتأخير إقامة الحد على المريض غير حد الرجم إلى أن يبرأ .

ج) ـ ومنها : عدم صحة الخلوة مع قيام المرض المانع من الوطء ، سواء كان في الزوج أو في الزوجة .

ثالثها) ـ الإكراه . وهو : التهديد ممن هو قادر على الإيقاع بضرب مبرح أو بإتلاف نفس أو عضو أو بحبس أو قيد مديدين مطلقاً ، أو بما هو دون ذلك لذي جاه ، ويسمى إكراهاً ملجئاً ، وبما يوجب غما يعدم الرضا ، وهو ما كان بغير ذلك ، ويسمى غير ملجىء .

وهو بقسميه إما أن يكون في العقود أو في الإسقاطات أو في المنهيات . والعقود والإسقاطات إما أن يؤثر فيهما الهزل أو لا . والمنهيات إما أن تكون مما يباح عند الضرورة أو لا . وما لا يباح عند الضرورة إما أن يكون جناية على الغير كقتل محقون الدم أو قطع عضو محترم ، أو لا يكون جناية على الغير كالردة .

أ) ـ أما العقود والإسقاطات التي يؤثر فيها الهزل ، كالبيع والإجارة والرهن والهبة والإقرار والإبراء ، إذا أكره عليها بملجىء أو بغير ملجىء ففعلها ثم زال الإكراه ، فله الخيار ، إن شاء فسخ وإن شاء أمضى .

ب) ـ وأما العقود والإسقاطات التي لا يؤثر فيها الهزل ، كالنكاح والطلاق والعفو عن دم العمد ، فلا تأثير للإكراه فيها ، فلا خيار للمكره بعد زوال الإكراه ، بل هي ماضية على الصحة ، ولكن له أن يرجع على المكره له على الطلاق غير الزوجة فلو كانت هي المكرهة سقط المهر عن الزوج .

ج) ـ وأما المنهيات التي تباح عند الضرورة ، كإتلاف مال الغير وشرب المسكر ، فإنها تحل بل تجب بالملجىء لا بغير الملجىء ، وضمان المال المتلف على المكره .

د) ـ وأما المنهيات التي لا تباح عند الضرورة وهي جناية على الغير كما تقدم فإنها لا تحل ولا بالملجىء ، ولو فعل فموجبها وهو القصاص على المكرِه (بالكسر) .

هـ) ـ وما لا جناية فيه على الغير وليس في معنى الجناية ، وهو الردة ، فإنه يرخص له أن يجري كلمتها على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان ، ويوري وجوباً إن خطر بباله التورية ، فإن لم يور يكفر وتبين زوجته (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من كتاب الإكراه) .

رابعها) ـ النسيان . وهو : عدم تذكر الشيء عند الحاجة إليه . واتفق العلماء على أنه مسقط للعقاب .

ومن تيسيراته :

أ) ـ أنه إذا وقع فيما يوجب عقوبة كان شبهة في إسقاطها .

ب) ـ ومنها : ما لو نسي المديون الدين حتى مات ، والدين ثمن مبيع أو قرض ، لم يؤاخذ به ، بخلاف ما إذا كان غصباً . (رَ : الأشباه والنظائر لابن نجيم) .

تنبيه :

لا تأثير للنسيان على الحنث في التعليق ، فلو علق على فعل شيء ثم فعله ناسياً التعليق فإنه يقع (رَ : الأشباه والنظائر لابن نجيم ، والدر المختار وغيرهما ، من بحث تعليق الطلاق) .

خامسها) ـ الجهل . وهو : عدم العلم ممن شأنه أن يعلم . وهو قد يجلب التيسير .

ومن تيسيراته :

أ) ـ ما لو جهل الشفيع بالبيع فإنه يعذر في تأخير طلب الشفعة .

ب) ـ ومنها : ما لو جهل الوكيل أو القاضي بالعزل أو المحجور بالحجر ، فإن تصرفهم صحيح إلى أن يعلموا بذلك .

ج) ـ ومنها : ما لو باع الأب أو الوصي مال اليتيم ثم ادعى أن البيع وقع بغبن فاحش وقال : لم أعلم ، تقبل دعواه .

د) ـ ومنها : ما لو جهلت الزوجة الكبيرة أن إرضاعها لضرتها الصغيرة مفسد للنكاح لا تضمن المهر .

هـ) ـ ومنها : الوكيل بقضاء الدين إذا قضاه بعدما وهب الدائن الدين من المديون جاهلاً بالهبة لا يضمن .

و) ـ ومنها : ما لو أجاز الورثة الوصية ولم يعلموا ما أوصى به الميت لا تصح إجازتهم .

ز) ـ ومن المسائل التي يعذر فيها بالجهل أيضاً : ما لو كان في المبيع ما يشتبه على الناس كونه عيباً واشتراه المشتري عالماً به ولم يعلم أنه عيب ثم علم أنه عيب ، فإنه له رده ولا يعد اطلاعه عليه حين الشراء رضاً بالعيب . (رَ : رد المحتار ، في خيار العيب ، عن الفتاوى الخانية عند قول الشارح : وكذا كل مفيد رضاً بعد العلم بالعيب يمنع الرد) .

ح) ـ ومنها : العفو عن التناقض في الدعوى فيما كان سببه خفياً كالتناقض في النسب والطلاق ، كما لو ادعى أحد على آخر أنه أبوه فقال المدعى عليه إنه ليس ابني ، ثم قال : هو ابني ، يثبت النسب ، لأن سبب البنوة العلوق منه ، وهو خفي .

ط) ـ وكما لو اختلعت المرأة من زوجها على بدل ثم ادعت أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع وبرهنت ، فإنها تسترد البدل ويغتفر تناقضها الواقع في إقدامها على الاختلاع ثم دعواها الطلاق ، لأن الطلاق فعل الغير فإن الزوج يستبد به بدون علمها ، فكانت معذورة . (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من بحث التناقض في الدعوى في آخر بحث الاستحقاق) .

ي) ـ ومنها : أن من اسلم في دار الحرب ولم تبلغه أحكام الشريعة ، فتناول المحرمات جاهلاً حرمتها فهو معذور . (رَ : رد المحتار ، اوائل باب استيلاء الكفار ، من كتاب الجهاد) .

وقد ذكر الشيخ محمود حمزة مفتي دمشق في رسالته المسماة « التعارض في

التناقض » المطبوعة بدمشق سنة 1303 هـ مسائل كثيرة من محلات الخفاء التي يعفى عن التناقض فيها فانظرها .

سادسها) ـ العسر وعموم البلوى . وله تيسيرات منها :

أ) ـ تجويز بيع الوفاء والمزارعة والمساقاة والسلم والإجارة ، ولهذا لا تجوز إجارة العين بمنفعة عين مثلها ، ولا عقد الإجارة على منفعة غير مقصودة ، لعدم تحقق العسر والبلوى .

ب) ـ ومنها : إباحة نظر الطبيب والشاهد والخاطب ، للأجنبية .

ج) ـ والتيسير على المجتهدين بالاكتفاء منهم بغلبة الظن .

د) ـ والعفو عمّا يدخل بين الوزنين في الربويات .

سابعها) ـ النقص ، وفيه نوع من المشقة يتسبب عنها التخفيف ، وذلك كالصغر ، والجنون ، والأنوثة .

فالأولان يجلبان التخفيف عن الصغير والمجنون لعدم تكليفهما أصلاً فيما يرجع إلى غير خطاب الوضع الآتي بيانه فإنه موجه إليهما .

وأما التخفيف بسبب الأنوثة فمنه عدم تكليف النساء بكثير مما كلف به الرجل ، كالجهاد والجزية وتحمل الدية إذا كان القاتل غيرهما .

تنبيه :

خطاب الوضع هو خطاب الله تعالى المتعلق بكون الشيء سبباً أو شرطاً .

فالأول : كوجوب العشر والخراج فيما خرج من أرض الصغير والمجنون ، ووجوب نفقة الزوجية والأقارب وضمان المتلفات في مالهما ، إلاّ ما قبضاه قرضاً أو وديعة أو عارية أو عيناً اشترياها وتسلماها بدون إذن وليهما ، فإنهما لا تلزمهما في الجميع لأنه مسلط عليها بإذن المالك . وكالدية في القتل ، وكإقامة التعازير .

والثاني : هو خطاب الله تعالى المتعلق بكون الشيء شرطاً ، كما إذا عقد الصغير مع مثله عقداً فاقداً لشرط الصحة فإنه يعتبر فاسداً ، ويجب على الحاكم فسخه عليهما إن لم يفسخاه .

وإننا مهما أشبعنا الكلام على هذه القاعدة لا نوفها حقها ، إذ هي من أمهات القواعد الخمس التي يدور عليها معظم أحكام الفقه . وقد نظمها بعض الشافعية رضي الله تعالى عنهم ونفعنا بهم فقال :

خمس مقـررة قواعـد مذهب للشافعـي فكن بهـن خبيرا
ضرر يزال ، وعـادة قد حكمت ، وكذا المشقـة تجلـب التيسيرا
والشـك لا ترفـع به متيقناً ، والنية آخلص إن أردت أجوراً

* * *

القاعدة السابعة عشرة (المادة/ 18)

«إذا ضاق الأمر اتسع»

أولاً) ـ الشرح

هذا في معنى المادة / 21 / : الضرورات تبيح المحظورات ، وتمام القاعدة الفقهية ، كما في « مرآة المجلة » : « وإذا اتسع ضاق » . وكان في معنى الشق الثاني منها أنه إذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة ، فإذا اندفعت وزالت الضرورة الداعية عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل نزوله .

ويقرب منه المادة / 22 / : الضرورة تقدر بقدرها .

ثانياً) ـ التطبيق

هذه القاعدة من جزئيات القاعدة السابقة ، يجتمع تحتها من مسائلها كل ما كان التيسير فيه موقتاً .

ومن جملة ما تفرع عليها غير ما تقدم :

أ) ـ جواز دفع السارق والباغي ما أمكن إلى أن يندفع شره ولو بالقتل ، ولذا قال سيدنا علي كرم الله وجهه : لا تتبعوا موليا ، ولا تجهزوا على جريح . لأن القصد من القتال كان دفع الضرر ، وقد حصل بهربه أو جرحه فلا يجوز الزيادة عليه ، لأن ما جاز لعذر امتنع بزواله (رَ : المادة / 23 / من المجلة) .

ب) ـ ومنه : وجوب إنظار المعسر إلى الميسرة .

ج) ـ وجواز طعن المزكي في الشهود ، وطعن المحدث في الرواة .

د) ـ وجواز قبول شهادة الأمثل فالأمثل عند فقد العدالة أو ندرتها (ر : معين الحكام ، باب القضاء بشهادة غير العدول للضرورة) .

هـ) ـ ومنه : عدم وجوب الخروج على الإمام الجائر إذا كان متغلباً وفي الخروج عليه مفسدة.

* * *

القاعدة الثامنة عشرة (المادة/ 19)

« لا ضرر ولا ضرار »

أولاً) ـ الشرح

أي لا فعل ضرر ولا ضرار بأحد في ديننا ، أي لا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق بآخر ضرراً ولا ضراراً ، وقد سيق ذلك بأسلوب نفي الجنس ليكون ابلغ في النهي والزجر .

هذه القاعدة لفظ حديث شريف حسن ، رواه ابن ماجه والدار قطني وغيرهما عن أبي سعيد الخدري وابن عباس وعبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنهم مسنداً ، ومالك في الموطأ مرسلاً .

والضرار (بكسر الضاد) من ضره وضاره بمعنًى ، وهو خلاف النفع ، كذا قاله الجوهري . فيكون الثاني على هذا تأكيداً للأول ، لكن المشهور أن بينهما فرقاً فحمل اللفظ على التأسيس أولى من التأكيد . واختلف في الفرق على أقوال ذكرها ابن حجر في شرح الأربعين النووية ، أحسنها : أن معنى الأول إلحاق مفسدة بالغير مطلقا ، ومعنى الثاني إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له ، لكن من غير تقييد بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق . وهذا أليق بلفظ الضرار ، إذ الفعال مصدر قياسي لفَاعَلَ الذي يدل على المشاركة .

القاعدة مقيدة إجماعا بغير ما أذن به الشرع من الضرر ، كالقصاص والحدود وسائر العقوبات والتعازير ، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ، على أنها لم تشرع في الحقيقة إلا لدفع الضرر أيضا .

ذكرت المجلـة ثلاث قواعـد بشـأن الضرر هي أصـول بالنسبـة لغيرهـا : (الاولى) للنهي عن ايقاعه وهي هذه و(الثانية) لوجوب ازالته اذا وقع ، وهـي القاعدة التي تليها و(الثالثة) لبيان أن إزالته اذا لم تمكن تماما فبقدر ما يمكن ، وهي القاعدة الحادية والثلاثون . وما عداهن مما ذكر بشأن الضرر ، كالقاعدة السابعة ، والخامسة والعشرين ، وما بعدها الى نهاية الثلاثين ، فليست اصولا ، بل هي ما بين تقييد لغيرها ، كالسابعة فإنها قيد لما قبلها وقد تقدم الكلام عليها ، أو تكميل لهذه الثلاثة الاصول . وسيأتي الكلام عليها كلها إن شاء الله تعالى .

ثانيا) ـ التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه مما كانت مشروعيتـه توقيا من وقوع الضرر . فمن ذلك :

أ) ـ اتخاذ السجون،ثم جعلها على صورة مضجرة لا يمكن فيها المسجون من بسط فراش ولا غطـاء ، ولا من التكسـب ، ولا يمـكن أحـد من الدخـول عليه للاستئناس ، وهو وإن كان أسلم العقوبات فهو من العقوبات العظيمة ومقـرون بالعذاب الأليم في قوله سبحانه وتعالى في سورة يوسف : (إلا أن يسجن أو عذاب أليم) . فإن من يعلم من الدعار وأهـل الفسـاد أن مثـل هذا السجـن واقف له بالمرصاد يرتدع ويكف أذاه عن الناس .

على أن منفعة السجن ليست مقصورة على ردع الدعار ، بل هناك أيضا منفعة أخرى وهي وقاية المجرم من إضرار الحاكم به إذا عاقبه في وقت غضبه من جرمه ، فإن الحاكم ممنوع شرعاً من معاقبة المجرم وقت غضبه منه لئلا يجاوز في عقوبته الحد الكافي لزجره ، بل يرفعه الى الحبس ريثما يسكن غضبه فيعاقبه حينئذ بما يستحقه .

ب) ـ ومن ذلك بعض الخيارات ، كخيار الرؤ ية وخيار الشرط ، فإن الأول شرع لدفع الضرر عن المشتري بدخول ما لا يلائمه في ملكه . والثاني شرع للحاجة الى التروي لئلا يقع في ضرر الغبن .

ج) ـ ومن ذلك أنواع الحجر ، فإنها شرعت توقيا من وقوع الضرر العائد تارة لذات المحجور وتارة لغيره ، فإن من وجب حجره إذا ترك بدون حجـر قد يضر

بنفسه وقد يضر بغيره كما هو ظاهر .

د) ـ ومنها : الشفعة ، فإنها شرعت توقياً من ضرر جار السوء .

هـ) ـ ومنها : جبر الشريك على العمارة إذا أباها في ثلاثة محلات وهي : (1) ما إذا كان وصي يتيم (2) أو متولي وقف (3) وعند ضرورة تعذر القسمة . فإنه شرع توقياً من تضرر الصغير والوقف والشريك من تداعي العقار للخراب .

و) ـ ومنها : ما لو باع لآخر ما يتسارع اليه الفساد وغاب المشتري قبل قبضه وقبل نقد الثمن فأبطأ ، فللبائع بيعه لغيره توقيا من تضرره بفساده ، ولا يرجع على المشتري بشيء لو نقص الثمن الثاني عن الأول (رَ : رد المحتار ، من كتاب البيوع ، متفرقات) .

ز) ـ ومنها : حبس الموسر اذا امتنع عن الإنفاق على أولاده أو قريبه المحرم وجواز ضربه في الحبس إذا أصر على الامتناع ، توقيا من وقوع الضرر بأولاده أو قريبه الفقراء ببقائهم بلا نفقة . (رَ : الأشباه والنظائر لابن نجيم ، باب القضاء) .

ح) ـ ومنها : ما لو أعار أرضا للزراعة أو آجرها لها فزرعها المستعير أو المستأجر ، ثم رجع المعير أو انتهت مدة الاجارة قبل أن يستحصد الزرع ، فإنها تترك في يد المستعير أو المستأجر بأجر المثل الى أن يستحصد الزرع (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب العارية) . وذلك توقيا من تضرره بقلع الزرع وهو بقل .

ط) ـ ومنها : ما لو حدث للظئر أثناء مدة الإجارة عذر يسوغ لها فسخ الإجارة ، وكان الصغير لم يعد يأخذ ثدي غيرها ولم يستغن بالطعام ، فإنها تمنع من فسخها ، توقيا من حصول ضرر للصغير (رَ : الدر المختار ، من كتاب الاجارة ، الاجارة الفاسدة ، عن الفتاوى التتارخانية) .

ي) ـ ومنها : ما صرح به في كثير من الكتب ، من أنه لو انتهت مدة إجارة الظئر ، والصغير لا يأخذ ثدي غيرها ولم يستغن بالطعام ، فإنها تجبر على إرضاعه بأجر المثل توقيا من تضرر الصغير .

ك) ـ ومنها : مشروعية الخيار للبائع في فسخ البيع إذا كان يتضرر في غير ما

باعه ، كما لو باع جذعا مثلا من سقف ، أو باع حصة شائعة من زرع مملوك له غير مستحصد فإن له الخيار في فسخ البيع في الأولى ، لأنه بقلع الجذع يتضرر في غير ما باعه وهو بقية السقف ، وكذلك له الخيار في الثانية إذا طالبه المشتري بالقسمة قبل استحصاد الزرع توقياً من تضرره فيما لم يبعه وهو بقية الزرع ، إذ لا تمكن القسمة إلاّ بعد قلع الكل (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من أوائل كتاب الشركة ، ومن البيع الفاسد) .

ل) ـ ومنها جواز كسر الدراهم النبهرجة ، أي المصنوعة من غير الفضة ، إذا دفعها لأحد عمّا عليه أو دفعها له لينظر إليها فكسرها الآخذ فلا شيء عليه ، بل قالوا : نعم ما صنع لأن في بقائها ضرراً على العوام ، إذ قد تقع تلك الدراهم في أيدي من يدلس بها عليهم (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من آخر كتاب البيوع ، متفرقات) .

م) ـ ومنها : ما لو ثبت الحق على المدعى عليه بالبينة وبإقراره وقضى عليه ، فإنه يعتبر قضاء بالإقرار لأنه أقوى [1] لكن إذا كان في اعتباره قضاء بالبينة تحرز عن ايقاع ضرر بالمدعى عليه ، فحينئذٍ يعتبر القضاء مستنداً إلى البينة ، وذلك كما إذا استحق المبيع من يد المشتري باقراره وبالبينة وقضي عليه ، فإنه يعتبر القضاء مستنداً إلى البينة لا إلى الإقرار ، إذ في اعتباره قضاء عليه بالإقرار إيقاع ضرر به وهو عدم تمكنه من الرجوع على بائعه بالثمن ، لأن الإقرار حجة قاصرة لا يتعدى إلى البائع ، بخلاف البينة فإنه حجة متعدية ، فاذا اعتبر القضاء مستنداً إليها يتمكن المشتري من الرجوع على بائعه بالثمن ولا يتضرر .

ومثل دعوى الاستحقاق دعوى الرد بالعيب القديم إذا أقيمت على المشتري من المشتري منه ، وثبت قدم العيب بإقراره وبالبينة ، فإنه يعتبر القضاء عليه والحالة هذه قضاء بالبينة ، تحرزاً عن الإضرار به ، ليتمكن من رده على البائع الأول (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، كتاب الدعوى ، من باب الاستحقاق) .

ن) ـ ومنها : ما لو اشترى شيئا فآجره ثم اطلع على عيب قديم فيه فله نقض الإجارة ليرده بالعيب (رَ : رد المحتار ، كتاب البيوع ، من خيار العيب عند قول

(1) ـ وكذا لو أقر الخصم كان للمقر له أن يأخذ ذلك منه ، ولو شهد عنده شهود بالحق فليس له أن يأخذ ما لم يقض به القاضي . (رَ : جامع الفصولين ، الفصل / 27 / ج 2 / 24) .

الماتن : كما لا يرجع لو باع المشتري الثوب ، وقال بعده : بخلاف رهنه من غيره فإنه يرده بعد فكّه . انتهى . وكأن الفرق بين الرهن والإجارة هو أن الإجارة تفسخ بالأعذار وهذا منها ، بخلاف الرهن . ثم رأيته في الفصل المكمل الثلاثين من جامع الفصولين صفحة / 49 / معللاً بهذا .

س) ـ ومنها : ما لو أعار شيئاً ليرهنه المستعير فرهنه بدين عليه ثم أراد المعير استرداده ، فله أن يدفع الدين للمرتهن ويأخذ العين المرهونة ، ولا يعد متبرعاً بل يرجع بما دفع على الراهن المستعير . وكذلك ما لو رهن الأب بدين عليه مال ولده الصغير الذي تحت ولايته ، فبلغ الصغير فله أن يقضي دين أبيه ويفك الرهن ، ولا يكون متبرعاً بل يرجع على أبيه بجميع ما قضاه عنه (رَ : بدائع الصنائع للكاساني ، أوائل الرهن صفحة / 135 /)

ع) ـ ومنها : ما لو باع المؤجر المأجور من أجنبي بإذن المستأجر وغاب البائع فأدى المشتري من الثمن بدل الإجارة للمستأجر ليسلم له المستأجر المبيع ، لا يكون المشتري متبرعاً . (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثامن عشر ، برمز الذخيرة) وعلله بأنه مضطر للأداء في حال غيبته لتخليص ملكه ، كمصير الرهن ، ثم نقل بعده عن « العدة » أنه يكون متبرعاً ، لكنه لم يضع المسألة في حال غيبة البائع بل أطلقها عن التقييد بغيبة أو حضور ، وهو بإطلاقه يخالف كلام « الذخيرة » ، إلا أن يحمل كلام « العدة » على حالة حضور البائع فيرتفع التخالف .

ف) ـ ومنها : أن المستأجر إذا وجد بالمأجور عيبا قديما أو حدث فيه عيب وهو في يده ، فإنه يستقل بفسخ الإجارة إذا أراد ، بلا حاجة إلى رضا المؤجر أو قضاء القاضي ، سواء في ذلك أكان قبل القبض للمأجور أم بعده (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الخامس والعشرين ، صفحة / 339 / بالمعنى) [1] وجه استقلال المستأجر بالفسخ مطلقاً أنه لو كلف انتظار رضا المؤجر أو قضاء القاضي لتضرر بجريان

1 ـ الظاهر أن وجه استقلال المستأجر بالفسخ مطلقاً رضي المؤجر أو قضى القاضي أو لا أنه لو كلف انتظار رضا المؤجر أو قضاء القاضي لتضرر بجريان الأجرة عليه أثناء ذلك ، فدفعاً للضرر عنه كان له الانفراد بالفسخ ، وإن كان قبض المأجور بخلاف الرد بالعيب في المبيع فإن المشتري لا يملكه بعد القبض إلا برضا البائع أو قضاء القاضي ، ولا ضرر عليه في ذلك ، واحتمال هلاك المبيع في يده ، فإنه إذا هلك في يده والحالة هذه يهلك عليه ، أمرٌ موهوم غير محقق الوجود ، بخلاف جريان الأجرة على المستأجر فإنه أمر محقق .

الاجرة عليه أثناء ذلك .

ص) ـ ومنها : ما لو أمر غيره بشراء شيء معلوم بألف مثلا ، فشراه ولم يقبضه ولم يدفع الثمن إلى البائع حتى أعطى الآخر الثمن للمأمور ليدفعه إلى البائع فأتلف المأمور الثمن وهو معسر فللبائع ان يحبس المبيع إلى أن يأخذ الثمن فإذا دفع الآمر الثمن إلى البائع كان عليه ان يسلمه المبيع ، وللآمر ان يرجع على المأمور بالثمن لأنه مضطر في قضائه فهو كمصير الرهن (رَ : جامع الفصولين ، أوائل الفصل السابع عشر ، صفحة /229 / ملخصاً) .

ق) ـ ومنهاما لو اشترى اثنان شيئاً قيمياً[1] وغاب أحدهما فللحاضر دفع كل ثمنه وقبضه وحبسه عن شريكه إذا حضر حتى ينقد له ثمن حصته ، لأنه مضطر ، ويجبر البائع على قبول كل الثمن من الحاضر ودفع كل المبيع له (رَ : الدر المختار وحاشيته ، ردّ المحتار، من كتاب البيوع ، متفرقات) فتجويزهم قضاء دين الراهن والبائع بلا أمره وإثباتهم حق الرجوع للمعير والصغير والمشتري في هذه الصور إنما كان لدفع ضرر حبس ملكه عنه .

ر) ـ ومنها : ما لو استقرض بالمرابحة إلى أجل معلوم ثم حل الدين بموت المديون أو وفاة المديون قبل حلول الأجل فليس للدائن من المرابحة إلا بقدر ما مضى من الأيام (رَ: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب البيوع، آخر باب التصرف في المبيع والثمن).

ش) ـ ومنها : إبطال إقرار ذي اليد لشخص ثالث بالعين المدعى بها قبل الحكم بعد ان أقام المدعي شاهداً واحداً أو شاهدين . وكذا إبطالهم بيعه العين المدعى بها من شخص ثالث بعد أن برهن عليه المدعي قبل أن يحكم له (رَ : ما سيأتي في الكلام على المادة /79/ نقلا عن جامع الفصولين ، الفصل الثالث) وذلك دفعاً لضرر هذا الإقرار وضرر هذا البيع من ذي اليد على المدعى .

ت) ـ ومنها : ما لو أحدث الغاصب في العين المغصوبة ما يقطع حق المالك في استردادها ، كما إذا كان المغصوب كرباساً فقطعه وخاطه ثوباً أو كان حديداً

---

(1) ـ قيد بالقيمي إذ المثلي كالبر ونحوه مما يمكن قسمته فلا جبر على دفع الكل كما استظهره في رد المحتار من المحل المذكور ، أي بل يقسم ويأخذ الحاضر حصته منه .

فصنعه سلاحاً مثلاً أو كان نحاساً فصنعه آنية ثم مات الغاصب أو حجر عليه وكان له غرماء فإن المالك يجعل أحق بالعين المغصوبة من سائر الغرماء حتى يأخذ منها حقه ، وهذه العين المحبوسة لحق المغصوب منه إذا هلكت قبل ان يستوفي منها حقه تكون مضمونة على الغاصب ، ولا تكون مضمونة بهذا الهلاك على المغصوب منه ضمان الرهن ، وإن كانت محبوسة لحقه كل ذلك دفعاً للضرر عن المغصوب منه . فقد صاحب جامع الفصولين ما لفظه : وفي كل موضع ينقطع حق المالك فالمالك أحق بذلك الشيء من الغرماء حتى يأخذ حقه فلو ضاع فهو من مال غاصبه ولم يكن كرهن (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثالث والثلاثين ، صفحة /134/ برمز الذخيرة) .

ث) ـ ومنها : ما لو قال لآخر : بايع فلاناً وما بعته فعلي ، كان كفيلاً بثمن ما يبيعه إياه ، ولكن له أن يرجع عن هذه الكفالة قبل ان يبايعه ، فإذا قال للمكفول له : رجعت عن كفالتي بطلت (رَ : رد المحتار ، كتاب الكفالة ، عند قول المصنف : ما غصبك فلان فعلي) . وذلك دفعاً لما عساه يلحقه من الضرر من هذه الكفالة ، إذ المرء لا يجبر على تحمل الضرر وإن رضي به ، وليس في رجوعه قبل المبايعة ضرر على المكفول له .

خ) ـ ومنها : ان الوكيل بشراء شيء معين لا يملك أن يشتريه لنفسه من غير أن يعلم الموكل بأنه يريد أن يشتريه لنفسه ، كما ذكروه في الوكالة ، فمنعهم له عن شرائه لنفسه إنما كان دفعاً للضرر عن الموكل ، إذ عساه أن يتضرر من عدم الحصول على مقصوده ليسد حاجته .

ذ) ـ ومنها : منعهم شراء الحبوب وإخراجها من بلدة يضر بأهلها ، فقد قال صاحب جامع الفصولين : وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى لو أن أعراباً قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ويضر ذلك بأهلها أمنعهم عنه ، ألا يرى أن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة فهذا أولى .

ض) ـ ومنها : أنهم لم يجوزوا شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة دنيوية (رَ : المادة /1702/ من المجلة) . وأوجبوا فسخ حكم الحاكم إذا كان بين المحكوم عليه والحاكم أو بينه وبين ابنه أو بينه وبين أبويه عداوة دنيوية بينة ، فقد قال في معين الحكام : الثالث أن كان قيامه لعداوة بينه وبينه أي بينه وبين القاضي ،

أو بينه وبين ابنه أو بينه وبين الأبوين وجب الفسخ (رَ : معين الحكام ، فصل في قيام المحكوم عليه بطلب فسخ الحكم) وقال في معين الحكام أيضاً ، في أوائل الركن الخامس المقضي عليه : ولا يحكم على عدوه كما لا تجوز شهادته عليه في رواية .

وما أحسن هذا في زماننا ، كل ذلك لئلا يصل إلى المشهود عليه أو المحكوم عليه ضرر من هذه العداوة ، لأنها تحمل الشاهد على المجازفة في شهادته عليه ، وتحمل الحاكم على التحامل عليه ، إلا من رحم الله ؛ وقليل ماهم .

وقد نقل في « لسان الحكام » ، في نوع فيمن تقبل شهادته ومن لا تقبل ، عن شارح المنظومة الوهبانية أنه توقف في جواز قضاء القاضي على عدوه ، وقال : لم أقف على هذا في كتب أصحابنا ، ثم بحث أنه إذا كان قضى عليه بعلمه فينبغي أن لا ينفذ ، وإن بشهادة العدول وبمحضر من الناس فينبغي أن يجوز . انتهى . والمنقول في المذهب عدم الجواز بلا تفصيل ، كما ذكرناه ، ولا عبرة بالبحث إذا خالف المنقول .

ظ) ـ ومنها : أن المعروفين بالدعارة والفساد يستدام حبسهم حتى تظهر توبتهم (رَ : أحد فصول القسم الثالث من الكتاب في القضاء بالسياسة الشرعية من « معين الحكام ، » صفحة / 215 و218 / نقلاً عن الخلاصة) . فقد جوزوا إدامة حبسهم إلى أن تظهر عليهم علامة التوبة ، من غير أن يثبت عليهم بالقضاء بطريقه الشرعي ما يوجب ذلك بعد أن كانت دعارتهم مستفيضة معروفة ، دفعاً لضررهم عن العباد ، ولو أنيط ذلك بثبوته عليهم بطريقه الشرعي لملؤ وا الدنيا فساداً لندرة ثبوته عليهم بالبيِّنة أو بإقرارهم .

غ) ـ ومنها : أن المدعي إذا انكشف للحاكم أنه مبطل في دعواه فإنه يؤ دبه ، وأقل ذلك الحبس ، ليندفع بذلك أهل الباطل واللدد (رَ : الفصل الثاني من القسم الثالث من « معين الحكام » المذكور) . والظاهر أن مرادهم بالمبطل في دعواه : من تعمد البطل فيها ، لا كل من ظهر ان الحق في جانب خصمه .

غ أ) ـ ومنها : عدم تصحيحهم عزل الوكيل ببيع الرهن فيما لو وكله ببيعه وإيفاء الدين من ثمنه إذا لم يؤ د الدين عند حلول الأجل ، وعدم تصحيحهم عزل وكيل الخصومة إذا كان توكيله بطلب المدعي عند إرادة المدعى عليه السفر ، لأن عزل الوكيل في هاتين الصورتين يضر بحق المرتهن في الأولى وبحق المدعي في

الثانية ، كما نصوا عليه في الرهن والوكالة .

ومثل هاتين الصورتين : ما لوا اشترى شيئاً بخيار للمشتري وأخذ وكيلاً من البائع ليرد عليه المبيع بحكم الخيار إذا غاب البائع ، فإنه يظهر من كلامهم في باب خيار الشرط أنه لا يملك الموكل عزله في هذه الحالة ، لأن عزله يضر بالمشتري .

غ ب) ـ ومنها : ما لو كانت الفلوس النافقة ثمناً في البيع ، أو كانت قرضاً ، فغلت أو رخصت بعد عقد البيع أو بعد دفع مبلغ القرض ، فعند أبي يوسف : تجب عليه قيمتها يوم عقد البيع ويوم دفع مبلغ القرض (رَ : رد المحتار ، من أوائل كتاب البيوع ، عند قول المتن : وصح بثمن حال ومؤجل إلى معلوم ،وبخلاف جنسه) ونقل هناك ترجيحه عن الكثيرين ، فقد أوجبوا قيمة الفلوس النافقة يوم البيع ، وقيمتها يوم دفع القرض ، في صورة ما إذا غلت ، دفعاً للضرر عن المشتري والمستقرض ، وأوجبوا قيمتها كذلك في صورة ما إذا كسدت أو رخصت ، دفعاً للضرر عن البائع والمقرض .

هذا والذي يظهر أن الورق النقدي المسمى الآن بالورق السوري الرائج في بلادنا الآن ، ونظيره الرائج في البلاد الأخرى ، هو معتبر من الفلوس النافقة ، وما قيل فيها من الأحكام السابقة يقال فيه ، لأن الفلوس النافقة هي ما كان متخذاً من غير النقدين ـ الذهب والفضة ـ وجرى الاصطلاح على استعماله استعمال النقدين ، والورق المذكور : من هذا القبيل . ومن يدعي تخصيص الفلوس النافقة بالمتخذ من المعادن فعليه البيان .

تنبيه :

إن ما نقلناه من أحكام الفلوس النافقة عن « رد المحتار » قد ذكره كما ترى في صورتي البيع والقرض ، ولا يخفى أن الثمن في البيع والمبلغ المدفوع في القرض يثبتان في ذمة المشتري والمستقرض ، وهما من المضمونات ، والحكم فيهما هو ما نقلناه .

أما لو كانت الفلوس النافقة معقوداً عليها ومدفوعة في عقد تعتبر فيه أمانة في يد القابض ، كالمضاربة ، فإن يد رب المال إذا أراد استرداد رأس ماله من المضارب

فله ان يسترد مثله لا غير ، من غير أن ينظر إلى غلاء أو رخص ، وله أن يقاسم المضارب مال المضاربة ويأخذ منه بقيمة رأس ماله وتعتبر فيه القيمة يوم القسمة لا يوم الدفع ، فقد نقل في كتاب المضاربة من « رد المحتار » قبيل المتفرقات ، عن القنية ما لفظه : أعطاه دنانير مضاربة ثم أراد القسمة ، له أن يستوفي دنانير وله ان يأخذ من المال بقيمتها وتعتبر بقيمتها يوم القسمة لا يوم الدفع . انتهى . وما ذكره من الحكم في الدنانير يجري نظيره في الفلوس النافقة بالأَوْلى ، فلا تعتبر قيمتها يوم الدفع إذا غلت أو رخصت ، وذلك لأن مال المضاربة أمانة في يد المضارب ، ويده عليه كيد رب المال ، فهو بمنزلة ما لو كان رأس المال باقياً بعينه تحت يده ، فلا يلزمه إلا رده بذاته من غير نظر إلى غلاء أو رخص ، وحيث صار بالصرف المأذون به عروضاً فلا يلزمه إلا رد مثله إن اختار رب المال ذلك ، وإن أراد القسمة مع المضارب يأخذ بقيمته يوم القسمة لا يوم الدفع ، إذ بالدفع له لم يثبت في ذمته ولم يدخل في ضمانه .

وقد ذكر السرخسي في «المبسوط» في الجزء الثاني والعشرين منه من باب المضاربة بالعروض صفحة /34/ فيما لو دفع رجل إلى آخر فلوساً مضاربة بالنصف فاشترى المضارب بها ثوباً ودفعها وقبض الثوب ثم كسدت، فالمضاربة جائزة على حالها (واحترز بقوله: «ثم كسدت» عما إذا كسدت قبل الشراء، فقد قدم في «المبسوط» من الباب المذكور أنها لو كسدت قبل الشراء فسدت المضاربة) فإذا باع الثوب بدراهم أو عرض فهو على المضاربة ، فإن ربح وأرادوا القسمة أخذ رب المال قيمة فلوسه يوم كسدت ، لأنه لا بد من رد رأس المال إليه ، ورأس المال كان فلوساً رائجة ، وهي للحال كاسدة ، فقد تعذر رد مثل رأس المال ، وقد تحقق هذا التعذر يوم الكساد فتعتبر قيمتها في ذلك الوقت . انتهى ملخصاً ، وقد نقله في متفرقات المضاربة في الفتاوى الهندية بأخصر من هذا .

فقد اعتبر قيمة الفلوس يوم الكساد ولم يعتبر قيمتها يوم العقد ولا يوم الدفع كما في البيع والقرض . وقول المبسوط : « فقد تعذر رد مثل رأس المال » يفيد أنه لو أمكن رد مثله بأن بقيت الفلوس رائجة يرد مثلها فقط من غير نظر إلى غلاء أو رخص .

وقد صارت هذه القضية حادثة الفتوى ، وسئلت عنها فأفتيت فيها بذلك مستنداً إلى النقلين المذكورين ، وعلمت أن غيري ممن سئلوا أفتوا برد قيمتها يوم

العقد في المضاربة ، بغير تفرقة بين المضمونات والأمانات ، بينما النقل هو ما ذكرته ، والله المرشد للصواب .

واستقصاء ما يمكن تفريعه على هذه القاعدة من المسائل تنقطع الآمال دون الوصول إليه ، وفيما ذكرناه من التفاريع مستوضح لذي لب .

تنبيه :

إن تفسير لفظة : « ولاضرار » بالمعنى السابق الذي ذكرناه في صدر الكلام على المادة هو بمعنى قول المجلة ، في المادة / 921 / « ليس للمظلوم ان يظلم غيره » وهو بإطلاقه شامل للظالم أيضاً ، فليس للمظلوم ان يظلمه أصلاً ، بل له ان يتخلص من ظلمه ويأخذ الحق منه ويسعى وراء رَدْعه عن الظلم بما يكفي رادعاً لأمثاله عن المعاودة ، كما يعلم ذلك من مراجعة أحكام التعزير ، أما ما زاد على ذلك فلا يجوز ، قال الله تعالى : (ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل ، إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الأرض بغير الحق) .

ولهذا لم يجوز الشرع لأحد الاعتداء على حق أحد ولو كان غاصباً ، فلو غصب أرضاً مثلاً وزرعها فجاء ربها ، فإما أن يكون الزرع قد نبت أو لا ، وإذا كان نبت فإما ان يكون قد استحصد أو لا ، فإن كان نبت واستحصد فهو للغاصب ، وللمالك أن يرجع بنقصان أرضه ، وإن كان نبت ولم يستحصد فللمالك ان يأمر الغاصب بقلعه وتفريغ ملكه ، فإن أبى يقلعه بنفسه أو يرفع الأمر للحاكم ليقلعه ، وإن كان لم ينبت فالمالك مخير إن شاء تركها حتى ينبت فيأمره بقلعه وإن شاء أعطاه ما زاد البذر في الأرض فتقوم مبذورة ببذر يجب قلعه إذا نبت وتقوم غير مبذورة ، فيعطى فضل ما بينهما ؛ وهو الأصح ، وعن أبي يوسف أنه يعطيه مثل بذره ؛ ورجح بعلامة المختار ، (رَ : جامع الفصولين وحاشيته للرملي ، الفصل الثاني والثلاثين ، صفحة/100 — 101) والظاهر انه في صورة ما إذا كان الزرع لم ينبت بعد واختار المالك تركها إلى أن ينبت فإنها تترك بأجر المثل لا مجانا ، وهو داخل تحت قول صاحب جامع الفصولين ، في المحل المذكور برمز « الواقعات » : قال أبو يوسف رحمه الله : لو غصب أرضا وزرعها ولم تنبت حتى جاء ربها فهو مخير لو شاء ترك بذره فيها بأجر المثل ولو شاء ضمن البذر للغاصب . انتهى .

فانظر كيف حفظ الشرع حق الغاصب ولم يتساهل فيه، بل أوجب له ما زاد بذره في قيمة الأرض، على ما هو الأصح، أو أوجب له مثل بذره، على ما هو المختار، مع كونه ألقاه باختياره في أرض الغير بلا حق يسوغ له ذلك ؛ وذلك لأن فعله هذا لا يخرج البذر عن كونه ملكا له محترما، وإذا كان كذلك فلا يجوز ظلمه بتفويته عليه بلا عوض، وذلك غير مناف لوجوب ردعه عن ظلمه بما يكفي زاجراً له عن العود إلى مثله.

وكذلك لو غصب ثوباً فصبغه. فالمالك مخير بين ترك الثوب له وأخذ قيمته منه غير مصبوغ وبين أخذه مصبوغا ويعطي للغاصب ما زاد الصبغ فيه (رَ : الدر المختار، من كتاب الغصب، والمادة /898/ من المجلة) .

هذا وكما لم يجوز الشرع ظلم الغاصب بتفويت ملكه عليه لم يجوز مجاوزة الحد في تضمينه غير ما تناوله فعله وورد عليه مباشرة، ولذا كانت زوائد المغصوب أمانة لا تضمن بدون تعدٍّ أو منع لها عن المالك، فلو غصب بقرة مثلاً فولدت عنده فهلك ولدها في يده بلا تعد ولا منع له عن المالك، أو غصب كرماً مثلاً فأثمر في يده ثم هلك الثمر كذلك في يده بلا تعدٍّ ولا منع له عن المالك يهلك أمانة، لأنه لم يرد عليه الغصب مباشرة (رَ : الدر المختار وغيره في كتاب الغصب)

وكذلك لو أتلف لغيره مثلياً ثم التقيا في بلد آخر قيمة المتلف من المثلي فيه أكثر من قيمته في بلد الغصب، فالغاصب مخير بين إعطاء مثله وإعطاء قيمته المعتبرة في بلد الغصب ما لم يرض المالك بتأخير المطالبة بالمثل إلى بلد الغصب (رَ : جامع الفصولين، الفصل الثالث والثلاثين، صفحة /130/) فلم يوجب الشرع المثل في الصورة المذكورة على الغاصب حتماً بل خيره وسوغ له دفع القيمة مع أن المثلي مضمون بمثله، ولم يجوز إضراره وإن كان ظالماً، ولذا يشترط في دعوى غصب المثلي غير النقدين ذكر مكان الغصب، ليعلم هل للمدعي حق المطالبة (رَ : جامع الفصولين، المحل السابق) .

* * *

القاعدة التاسعة عشرة (المادة/ 20)

« الضرر يزال »

أولاً) ـ الشرح

« الضرر يزال » أي تجب إزالته ، لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب .

وهذه هي القاعدة الثانية من القواعد الثلاث الأصول المسوقات بشأن الضرر ، من حظر إيقاعه ، ووجوب إزالته بعد الوقوع ، كما ذكرناه تحت القاعدة السابقة ، وهذه هي المسوقة لبيان وجوب إزالته إذا وقع .

ثانياً) ـ التطبيق

مما يتفرع على هذه القاعدة :

أ) ـ ما لو استقرض من الفلوس النافقة مبلغاً فكسدت ، فعليه قيمتها عندهما ، ورجح قولهما ، ثم انهما اختلفا ، فقال محمد : عليه قيمتها في آخر أيام رواجها ؛ ورجح بعلامة الفتوى ، وقال أبو يوسف : عليه قيمتها يوم القبض ؛ ورجح أيضاً بأن عليه الفتوى ، وبأنه أنظر للمقرض من قول محمد ، وأيسر لأن ضبط قيمته يوم الانقطاع عسر ، وكما رجحوا قول أبي يوسف في كساد الفلوس رجحوا قوله أيضاً فيما لو غلت أو رخصت بأنه تجب قيمتها يوم البيع لو كانت ثمناً ويوم القبض لو كانت قرضاً (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من فصل القرض ملخصاً) .

ب) ـ ومنه : ما لو استقرض طعاماً بالعراق فأخذه المقرض بمكة مثلاً وقيمة الطعام فيها أغلى أو أرخص ، فعليه قيمة الطعام يوم القرض في بلد المقرض عند أبي

يوسف ، وقوله الراجح (كما في المحل المذكور من الدر المختار وحاشيته رد المحتار) .

فإيجاب قيمة الفلوس يوم صيرورتها ديناً في الذمة بالقبض أو بالبيع ، وإيجاب قيمة الطعام في بلد القرض مع أنهما مثليان أيضاً ؛ إزالة للضرر عن المقرض والبائع فيما إذا رخصا ، وعن المستقرض والمشتري فيما إذا غليا . انتهى .

ج) ـ ومنه مشروعية خيار التغرير القولي في البيع إذا كان معه غبن فاحش ، سواء كان التغرير من البائع للمشتري أو من المشتري للبائع ، أو كان من الدلال لأحدهما ، فإن المغرور يخير بين إمضاء البيع أو فسخه واسترداد ماله من مبيع أو ثمن (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من باب المرابحة والتولية ، ومن باب الاستحقاق عند قول الشارح : شرى داراً وبنى فيها فاستحقت) .

د) ـ ومنه مشروعية ضمان التغرير ، فإن الغارّ يضمن للمغرور ما تضرر بسبب تغريره له ، وذلك في ثلاث مسائل :

المسألة الأولى) ـ أن يكون التغرير واقعاً في ضمن عقد المعاوضة ، ولو كان فاسداً ، أو كان غير مالي كعقد النكاح ، فلو باع مال غيره فضولاً وقبض ثمنه فهلك في يده ولم يجز المالك بيعه ، وكان المشتري حين دفع له الثمن لا يعلم أنه فضولي ، فإنه يضمن له الثمن (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الرابع والعشرين صفحة / 317 /) .

وكذا لو زوجه امرأة على أنها حرة فولدت منه ثم ظهرت أمة واستحقت وضمنه المستحق قيمة الولد ، لأن ولد المغرور حر بالقيمة ، رجع على المزوِّج (رَ : رد المحتار ، قبيل الفروع التي قبل كفالة الرجلين من كتاب الكفالة) .

وكذا لو قال رجل لآخر : « بايع ابني هذا » أي أضافه لنفسه وأمره بمبايعته « فقد أذنت له بالتجارة » فبايعه ثم ظهر أنه ابن الغير ، فإن المأمور يرجع على الآمر بثمن ما باعه .

وكما لو اشترى داراً مثلاً ثم بنى فيها ثم استحقت وقلع بناؤه فإن له أن يسلم النقض لبائعه ويرجع عليه بقيمة البناء مبنياً يوم تسليمه ، سواء كانت أكثر من قيمته يوم بنائه أو أقل . وقولهم : « شرى داراً ثم بنى فيها . . . » الخ . للاحتراز عما إذا

بنى الدار ثم اشترى أرضها فاستحقت ، فإنه لا يرجع والحالة هذه بقيمة البناء (رَ : معين الحكام ، من فصل المشترى يرجع على وكيل البيع ، من الباب التاسع والثلاثين) . وعدم الرجوع في هذه الصورة لكون البناء قبل الشراء فلم يكن في ضمن المعاوضة .

هذا ، ثم إذا رجع المشتري المغرور على البائع الغارّ بقيمة البناء إذا سلمه النقض فإنما يرجع بما يمكن نقضه وتسليمه وله قيمة فلا يرجع بما لا قيمة له بعد النقض كتطيينها . وكما لا يرجع في ذلك لا يرجع فيما غرمه للمستحق لقاء منفعة استوفاها ، كما لو نقصت الأرض المستحقة بزراعة لها وضمنه المستحق نقصانها ، فإنه لا يرجع على بائعه بما ضمنه لنقصانها ، وكما لو ظهرت الدابة المشتراة وقفاً أو ليتيم أو معدة للاستغلال ، فضمنه المستحق بدل منفعتها عن المدة الماضية عنده ، فإنه لا يرجع على بائعه بما ضمنه من البدل، لأنه كان لقاء منفعة استوفاها، بالزراعة في الأولى، وبالسكنى بالفعل ـ أو بالتمكن منها ـ في الثانية.

المسألة الثانية) ـ أن يكون التغرير في ضمن قبض يرجع نفعه إلى الدافع ، كوديعة وإجارة ، فلو هلكت الوديعة أو العين المأجورة ثم استحقت وضمّن المستحق الوديع أو المستأجر رجع بما ضمنه على الدافع من مودِع أو مؤجر .

ومثل الوديعة والإجارة المذكورين الرهن ، فلو رهنه عيناً ثم هلكت في يده ثم استحقت وضمنها المستحق للمرتهن رجع على الدافع ، وهو الراهن ، بما ضمن .

المسألة الثالثة) ـ إذا ضمن الغار للمغرور صفة السلامة نصاً ، كما إذا قال لآخر : « اسلك هذا الطريق فإنه آمن ، وإن سلكته وأخذ مالك فأنا ضامن »، فسلكه وأُخذ ماله فإنه يضمن . (رَ : الدر المختار وحاشيته ، من الاستحقاق والغصب قبل الفصل،وآخر المرابحة والتولية ، ومن الفصل السادس عشر من جامع الفصولين ، صفحة / 217 /).

تنبيه :

إن ما تقدم من حصرهم ضمان التغرير في المسائل الثلاث المذكورات غير ظاهر ، فإن هناك مسائل أخر يجب فيها الضمان بسبب التغرير وليست داخلة تحت إحدى الثلاث المذكورة أصلاً . منها :

أ) ـ ما إذا أعار لغيره أرضاً مدة معلومة للبناء أو للغراس، فبنى المستعير فيها أو غرس ، ثم رجع المعير قبل انتهاء المدة المضروبة ، فإن له أن يكلفه قلع البنـاء والغرس ويضمن المعير للمستعير ما نقص البناء والغرس بالقلع ، وذلك بأن يقوم قائماً إلى نهاية المدة ، ويقوم مقلوعاً ـ أي مستحق القلع في الحال ـ فيضمن فرق ما بينهما بسبب تغريره له ، بالتوقيت ثم رجوعه قبل انتهاء الوقت . فلو قوم مستحق القلع بخمسة مثلا ، وقوم مستحق البقاء إلى نهاية المدة بعشرة ، يضمن للمستعير فرق ما بينهما وهو خمسة (رَ : الدر المختار وحاشيته، في العارية) .

ب) ـ ومنها : ما سيأتي في الكلام على القاعدة التاسعة والثمانين، من أنه لو أمر غيره بالحفر في جدار دار ، وهو ساكن فيها ، وهي لغيره، فحفر ، فضمّن المالك الحافر ، فإنه يرجع بما ضمن على الآمر إذا كان لا يعلم أن الدار لغيره، لأنه غرّه . وكذا يرجع عليه لو لم يكن ساكناً في الدار، ولكن قال له : احفر لي فإنه يعد مغروراً من قبله فيرجع عليه.

ج) ـ ومنها : أن شهود القيمة أو القسمة إذا قوموا أموال اليتامى والأوقاف بغبن فاحش وهم يعلمون، أو غبنوا الوقف في الاستبدال، أو أخبروا بوجود المسوغ ولم يكن هناك مسوغ وهم عالمون بذلك فإنهم يضمنون النقص (رَ : الدر المختار وحاشيته، آخر الغصب نقلاً عن الوهبانية وشرحها للشرنبلالي ، بتصرف).

فكل تلك التضمينات من قبيل ضمان التغرير ، وليست من الثلاث المتقدمة .

وقد ذكر في رد المحتار هناك ما يفيد أن كون المال المقوم وقفاً أو ليتيم غير قيد ، بل خرج مخرج المعتاد من التساهل في مالهما ، وإلا فغير الوقف ومال اليتيم كذلك .

تنبيه آخر :

قال الطرابلسي الحنفي في « معين الحكام » في (فصل في التسبب والدلالة) : ولو قال الطحان لرب البر اجعل البر في الدلو ، فجعله فيه ، فذهب من الثقب إلى الماء ، والطحان كان عالماً به ، يضمن ، إذ غره في ضمن العقد وهو يقتضي السلامة . انتهى .

وهذا يفيد أن الغرور الموجب للرجوع في ضمن عقد المعاوضة لا يشترط فيه أن يكون في صلب العقد ، بل يكفي ان يكون مترتبا عليه ، كما في الفرع المذكور ، ويؤ يد ذلك أيضاً بعض الفروع المتقدمة ها هنا.

* * *

القاعدة العشرون (المادة/ 21)

« الضرورات تبيح المحظورات »

أولاً) ـ الشرح

هذه القاعدة من فروع القاعدتين / 17 و18 / لأن ما تفرع عليها يمكن ان يتفرع على تينك ، فإن من فروعها : جواز إتلاف مال الغير إذا أكره عليه بملجىء (رَ : ما تقدم في الكلام على المادة / 17 /) . وجواز أخذ الدائن مال المديون الممتنع عن الأداء إذا ظفر ، وإن كان من خلاف جنس حقه في زماننا .

وقيد بعض الشافعية رضي الله تعالى عنهم القاعدة المذكورة بأن لم تنقص الضرورة عن المحظورات ، فإذا نقصت فإنه لا يباح له المحظور .

وقواعدنا لا تأباه ، فقد ذكروا أنه إذا دار الأمر بين السنة والبدعة فتركه أولى ، وإذا دار بين الواجب والبدعة ففعله أولى . وذكروا أنه لو دفن الميت بلا كفن لا ينبش، لأن هتك حرمته أشد من تركه بلا كفن. ويؤ يده أيضاً المواد / 27 و 28و29/ الآتية.

* * *

القاعدة الحادية والعشرون (المادة/ 22)

« الضرورات تقدر بقدرها »

أولاً) ـ الشرح

هي في قوة التقييد للمادة / 21 / بمعنى ما فسرنا به قولهم في تتمة المادة / 18 / : « وإذا اتسع ضاق » .

وفائدة وضع هذه القاعدة عقب السابقة التنبيه على أن ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب . فإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في المحظور ، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط .

ثانياً) ـ التطبيق

ومن جملة ما يتفرع على هذه القاعدة :

أ) ـ أن المشتري إذا ادعى بالمبيع عيباً لا يطلع عليه إلا النساء ، فإنه يقبل فيه لأجل توجيه الخصومة فقط قول الواحدة العدل ، والثنتان أحوط . فإن قالت واحدة أو ثنتان أن العيب المدعى به قائم يحلف البائع ولا يثبت حق الرد بشهادة النساء وحدهن ، لأن ثبوت العيب بشهادتهن ضروري ، ومن ضرورته ثبوت توجيه الخصومة دون الرد ، فيحلف البائع فإن نكل تأيدت شهادتهن بنكوله فيثبت الرد (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من خيار العيب ، نقلاً عن القدوري ، قبيل قول المتن : استحق بعض المبيع) .

ب) ـ ومنها : أن من اضطر لأكل مال الغير فإن الضرورة تقتصر على إباحة إقدامه على أكل ما يدفع به الضرورة بلا إثم فقط ، ولكن لا تدفع عنه الضمان (رَ :

ما يأتي في المادة / 33) .

ج) ـ ومن ذلك من أكره على اليمين الكاذبة فإنه يباح له الإقدام على التلفظ مع وجوب التورية والتعريض فيها إن خطرت على باله التورية والتعريض ، فإن في المعاريض مندوحة .

* * *

القاعدة الثانية والعشرون (المادة/ 23)

« ما جاز لعذر بطل بزواله »

أولاً) ـ الشرح

هي في قوة التقييد للمادة / 22 / بأن إباحة المحظور للضرورة مقيدة بمدة قيام الضرورة . أو أنها في قوة التعليل للمادة قبلها .

ثانياً) ـ التطبيق

أ) ـ لو آلى من زوجته وهو مريض فإن فيئه إليها بالقول ، ولكن إذا مرضت الزوجة ثم برىء وبقيت مريضة فإن فيئه بالوطء لا باللسان ، لأن تبدل أسباب الرخصة يمنع من الاحتساب بالرخصة الأولى (رَ : رد المحتار ، في باب الظهار) .

ب) ـ وكذا يجوز تحميل الشهادة للغير بعذر السفر أو المرض ، فإذا زال ذلك العذر قبل أداء الفرع للشهادة بطل الجواز .

ج) ـ وكذا يتفرع على المادة ما جاء في المادة / 517 / من المجلة فلتراجع .

د) ـ وكذا ما لو اشتراه فآجره ثم اطلع على عيب قديم فيه فله فسخ الإجارة بعذر الرد بالعيب (رَ : رد المحتار ، من خيار العيب) فإذا زال العيب امتنع حق الفسخ .

هـ) ـ مما يتفرع على هذه المادة ما لو وقع الحريق في دار المودع فدفعها إلى أجنبي لم يضمن ، فلو فرغ من ذلك ولم يستردها يضمن ، إذ يجب عليه الاسترداد لأن الإيداع عقد غير لازم فكان لدوامه حكم الابتداء (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثالث والثلاثين ، صفحة / 149 — 150 /) .

* * *

القاعدة الثالثة والعشرون (المادة/ 24)

« إذا زال المانع عاد الممنوع »

أولاً) ـ الشرح

هذا نصها كما في أوائل باب الحضانة من كتاب الدرر .

أفادت هذه القاعدة حكم عكس ما أفادته القاعدة السابقة ، فإن السابقة أفادت حكم ما جاز بسبب ثم زال ، وهذه أفادت حكم ما امتنع لسبب ثم زال السبب المانع .

المراد بلفظ « عاد » من قولهم : « عاد الممنوع » : (ظهر) أو (حصل) ، ليشمل ما وجد في أصله ممتنعاً بمانع ثم زال ، كما في بعض الفروع الآتية .

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل :

أ) ـ منها : ما لو أوصى لوارث ثم امتنع إرثه بمانع صحت ، كما لو أوصى لأخيه ثم ولد له ابن ثم مات الموصي .

ب) ـ ومنها : ما لو وهب حصة شائعة قابلة للقسمة ثم قسم وسلمها صحت الهبة .

ج) ـ ومنها : ما لو وهب عيناً لآخر فزاد الموهوب له فيها زيادة متصلة غير متولدة حتى امتنع حق الرجوع ، فإذا زالت تلك الزيادة عاد حق الرجوع .

د) ـ ومنها : ما لو عوض الموهوب له الواهب عن هبته امتنع حق الرجوع ، فإذا استحق العوض عاد حق الرجوع .

هـ) ـ ومنها ما لو انهدمت الدار المأجورة سقطت الأجرة ، فإذا بناها المؤجر في المدة قبل ان يفسخ المستأجر الإجارة عادت في المستقبل .

و) ـ : ومنها : ما لو اطلع على عيب قديم في المبيع له رده ، ولكن إذا حدث عنده عيب آخر امتنع الرد ، فإذا زال العيب الحادث ولو بمداواة المشتري عاد حق الرد .

ز) ـ ومنها : ما لو رهن المشتري المبيع فاسداً امتنع حق الفسخ ، فإذا افتكه عاد الفسخ لو لم يكن قضي على المشتري بقيمته (رَ : جامع الفصولين ، صفحة / 49 /)وفي الموطن المذكور : الأصل أن المانع إذا زال بما هو فسخ من كل وجه كفك رهن ، ورجوع في هبة ، ورد المبيع على المشتري (الذي هو البائع الثاني) بعيب بعد قبضه بقضاء ، فللبائع فاسداً حق الفسخ لو لم يقض بقيمته ، ولو زال المانع بسبب هو بمنزلة عقد جديد في حق الغير ، كأن رد على المشتري بعد القبض بعيب بتراض بطل حق البائع في الرد كأنه اشتراه ثانياً ، ولو قضى بقيمته بطل حق الاسترداد في الوجوه كلها . انتهى ببعض توضيح .

ح) ـ ومنها : ما لو اشتراه فرهنه ثم اطلع على عيب قديم عند البائع يمتنع الرد ، فإذا افتكه فله رده (ر : رد المحتار ، في خيار العيب) .

ط) ـ ومنها : ما لو شهد وهو صبي أو أعمى وقد تحملها بصيراً فردت ، ثم بلغ الصبي أو أبصر الأعمى فشهد بها تقبل . والأصل : أنه إذا ردت شهادته لتهمة فزالت ثم شهد لا تقبل ، وإن ردت لِشبهةٍ فزالت ثم شهد بها تقبل .

ي) ـ ومنها : ما لو تناقض المدعي في دعواه ثم ارتفع التناقض بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم فإن دعواه تسمع (رَ : المادتين / 1653 — 1654 / من المجلة .

ك) ـ ومنها : ما لو أقر لآخر بعين في يد غيره فإن إقراره لا يعمل عمله ، ولكن إذا ملكها المقر يوماً ما فإن المقر له يطالبه بموجب إقراره (رَ : الدر المختار ، من الاستحقاق) .

ل) ـ ومنها : ما لو أذن الراهن للمرتهن باستعمال الرهن أو إعارته ، فاستعمله أو أعاره فإنه يخرج من ضمانه فلو هلك في أثناء ذلك يهلك أمانة فإذا انتهى العمل عاد رهناً .

م) ـ ومنها : ما لو زال سبب الفساد في المجلس فإنه ينقلب البيع صحيحاً في بعض المفسدات .

ن) ـ ومنها : ما لو شرى شيئاً بعقد فاسد فتعيب عنده لا بفعل البائع ثم فسخ البيع بسبب الفساد وأخذ البائع المبيع ونقصان العيب ثم زال العيب يسترد المشتري من البائع ما دفعه له من نقصان العيب (رَ : رد المحتار ، في البيع الفاسد قبيل قول المتن : وكره تحريماً البيع عند الأذان الأول) .

س) ـ ومنها : ما لو أذن المستأجر للمؤجر ببيع المأجور فباعه حتى انفسخت الإجارة ثم رد المشتري العين المبيعة بطريق هو فسخ ، (كما إذا ردها بعيب قبل القبض مطلقاً أو بعده بقضاء)تعود الإجارة ، وبه يفتى (رَ : رد المحتار ، عن الفتاوى البزازية ، أواسط فسخ الإجارة) .

ع) ـ ومنها : ما لو آجر إجارة مضافة ثم باع المأجور أو وهبه قبل مجيء الوقت فإن الإجارة تبطل (هذا مبني على المعتمد في المذهب من عدم لزوم الإجارة المضافة ، ولكن المجلة على خلافه) فلو رد عليه بعيب بقضاء أو رجع في الهبة قبل الوقت عادت الإجارة (رَ : رد المحتار ، من ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به ، عند قول المتن : وما تصح إضافته إلى المستقبل نقلاً عن جامع الأصولين) .

ف) ـ ومنها : ما لو وكله ببيع شيء ثم باعه الموكل ثم ارتفع البيع بما هو فسخ من كل وجه (كأن رد عليه بعيب قضاء) فإن الوكيل لو باع والحالة هذه يصح (رَ : الدر المختار ، آخر باب عزل الوكيل ، صفحة 418 من الجزء الرابع من رد المحتار) .

* * *

القاعدة الرابعة والعشرون (المادة/ 25)

« الضرر لا يزال بمثله »

أولاً) ـ الشرح

الضرر لا يزال بمثله ، ولا بما هو فوقه بالأَوْلى ، بل بما هو دونه . هذه المادة تصلح أن تكون قيداً للمادة / 20 / « الضرر يزال » أي إلا إذا كانت إزالته لا تتيسر إلا بإدخال ضرر مثله على الغير ،فحينئذ لا يرفع بل يجبر بقدر الإمكان . فإن كان مما يقابل بعوض كالعيب القديم إذا اطلع عليه المشتري وقد تعيب المبيع عنده امتنع الرد ورجع المشتري على بائعه بما قابل الثمن ، إلا إذا رضي بأخذه معيباً فيأخذه ويرد جميع الثمن .

وإن كان مما لا يقابل بعوض كما إذا أراد صاحب العلو بناء السفل المهدم ليضع عليه علوه وأبى الآخر فإن الآبي لا يجبر على العمارة ، ولكن ينفق صاحب العلو من ماله على البناء ويمنع صاحبه من الانتفاع إلى أن يدفع له ما أنفقه على البناء إن كان بناه بإذنه أو بإذن الحاكم ، وإلا فحتى يدفع له قيمة البناء يوم بناه .

وكما إذا امتنع الراهن عن الإنفاق على العين المرهونة فإنه لا يجبر على الإنفاق ، لأن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه ، ولكن لما تعلق حق المرتهن بماليتها وحبس عينها ولا يمكن ذلك بدون الإنفاق عليها لتبقى عينها ، فإن الحاكم يأذن للمرتهن بالإنفاق عليها ليكون ما ينفقه ديناً على الراهن (رَ : الدرر ، من كتاب الرهن) .

وإذا كان الضرر لا تتيسر إزالته إلا بإدخال ضرر على الغير مثله ولا يمكن جبره يترك على حاله ، كما إذا لم يجد المضطر لدفع الهلاك جوعاً إلا طعام مضطر مثله أو بدن آدمي حي فإنه لا يباح تناولهما .

وكما لو تعسرت ولادة المرأة ، والولد حي يضطرب في بطنها ، وخيف على الأم فإنه يمتنع من تقطيع الولد لإخراجه ، لأن موت الأم به أمر موهوم (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من باب الصلاة على الجنازة) .

* * *

القاعدة الخامسة والعشرون (المادة/ 26)

« يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام »

أولاً) ـ الشرح

استفيد بمنطوق هذه القاعدة بعض ما أفادته القاعدة السابقة بمفهومها المخالف ، فإن مفهومها أن أحد الضررين إذا كان لا يماثل الآخر فإن الأعلى يزال بالأدنى . وعدم المماثلة بين الضررين إما لخصوص أحدهما وعموم الآخر ، وهو ما أفادته هذه القاعدة ، أو لعظم أحدهما على الآخر وشدته في نفسه ، وهو ما أفادته القاعدة الآتية .

ثانياً) ـ التطبيق

فمن الأول :

أ) ـ ما تقدم في المادة / 7 / من الغرفة الوطية البارزة ، والجناح الداني ، والمسيل المضر ، إذا كانت في طريق العامة تزال وإن كانت قديمة .

ب) ـ ومنه : الحائط المتوهن إذا كان في الطريق ، فإنه يجب نقضه على مالكه دفعاً للضرر العام .

ج) ـ ومنه : وجوب قتل قاطع الطريق إذا قتل بأي كيفية كانت بدون قبول عفو عنه من ولي القتيل ، دفعاً للضرر العام .

د) ـ ومنه : حبس العائن ، وقتل الساحر إذا أخذا قبل التوبة ، وقتل الخنّاق إذا تكرر منه ذلك ، ووجوب قتل كل مؤذ لا يندفع أذاه إلا بالقتل ، كما أفتى به الناصحي (رَ : الدر المختار من باب التعزير) .

هـ) ـ ومنه : جواز التسعير إذا تعدى أرباب القوت في بيعه بالغبن الفاحش . (وفسره هنا بضعف القيمة) وربما كان مفرعاً على مقابل الصحيح لأن الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين .

و) ـ ومنه : بيع الفاضل من طعام المحتكر عن قوته وقوت عياله إلى وقت السعة (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من الحظر والإباحة) .

ز) ـ ومن ذلك : المنع من اتخاذ حانوت للطبخ أو للحدادة مثلاً بين البزازين .

ح) ـ ومنه : جواز الحجر على الطبيب الجاهل (رَ : الدر المختار ، من الحجر).

ط) ومنه : جواز خرب العقارات المجاورة للحريق لمنع السريان بإذن الإمام (رَ : المادة / 919 / من المجلة) فلو هدمها بغير إذن الإمام ضمن قيمتها معرضة للحريق .

ي) ـ ومنه : ما في المادة / 1325 / من المجلة .

ك) ـ ومنه : جواز المرور في ملك الغير لإصلاح النهر العام كالفرات ، فإن فيه ضررَ الخاص لدفع الضرر العام وهو يجوز (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الخامس والثلاثين، صفحة / 272) .

* * *

القاعدة السادسة والعشرون (المادة/ 27)

« الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف »

أولاً) ـ الشرح

أفادت هذه القاعدة حكم النوع الثاني من النوعين الداخلين في مفهوم القاعدة / 25 / كما بيناه سابقاً .

ثانياً) ـ التطبيق

مما تفرع على هذه القاعدة :

أ) ـ وجوب النفقات في مال الموسرين لأصولهم وفروعهم (لكن لا يشترط في نفقة الأبوين اليسار بل إذا كان كسوبا ضمهما إليه) وأرحامهم المحارم من النسب المحتاجين .

ب) ـ ومنه : حبس من وجبت عليه النفقة إذا امتنع عن أدائها ولو نفقة ابنه ، وجواز ضربه في الحبس إذا امتنع عن الإنفاق.

ج) ـ ومنه : ما لو بنى أو غرس في العرصة بزعم سبب شرعي ، كما لو ورث إنسان أرضاً فبنى فيها أو غرس ثم استحقت فإنه ينظر إلى قيمة البناء أو الغراس مع قيمة العرصة فأيهما كان أكثر قيمة يتملك صاحبه الآخر بقيمته جبراً على مالكه . أما لو غصب أرضاً فبنى فيها أو غرس ثم طلبها مالكها فإن الغاصب يؤمر بقلع البناء أو الغرس مهما بلغت قيمته ، إلا إذا كان قلعهما يضر بالأرض فإن المالك يتملكهما بقيمتهما مستحقين للقلع(رَ : المادة / 906 / من المجلة) .

تنبيه :

يضرب السجين في ثلاث :

1 - إذا امتنع عن الإنفاق على رحمه المحرم يحبس ، فإذا امتنع أيضاً يضرب.

2 - إذا امتنع عن كفارة الظهار يحبس ، فإذا امتنع أيضاً ضرب.

3 - إذا امتنع عن القسم بين زوجاته يحبس ، فإذا امتنع أيضاً يضرب. (رَ : الأشباه والنظائر ، القضاء).

* * *

القاعدة السابعة والعشرون (المادة / 28)

« إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما »

أولاً) ـ الشرح

مراعاة أعظمهما تكون بإزالته ، لأن المفاسد تراعى نفياً ، كما أن المصالح تراعى إثباتاً .

قال بعضهم : إن هذه القاعدة عين السابقة .

ولكن يمكن أن يدعى تخصيص الأولى بما إذا كان الضرر الأشد واقعاً وأمكن إزالته بالأخف كما في الأمثلة المسوقة فيها ، وتخصيص هذه بما إذا تعارض الضرران ولم يقع أحدهما بعد . وهذا أحسن من دعوى التكرار ، إذ التأسيس أولى من التأكيد إذا أمكن . وإلى هذا التخصيص يشير التعبير بيزال في الأولى وبتعارض في الثانية .

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة :

أ) ـ تجويز أخذ الأجرة على ما دعت إليه الضرورة من الطاعات، كالأذان والأمامة وتعليم القرآن والفقه.

ب) ـ وتجويز السكوت على المنكر إذا كان يترتب على إنكاره ضرر أعظم ، كما تجوز طاعة الأمير الجائر إذا كان يترتب على الخروج عليه شر أعظم.

ج) ـ ومنه : جواز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كان ترجى حياته (رَ : الدر المختار، الجنائز) .

القاعدة الثامنة والعشرون (المادة /29)

«يختار أهون الشرين»

الشرح مع التطبيق

هذه القاعدة عين سابقتها، وما قيل فيها يقال في هذه.

* * *

القاعدة التاسعة والعشرون (المادة / 30)

«درء المفاسد أولى من جلب المصالح »

أولاً) ـ الشرح

« درء المفاسد أولى من جلب المصالح» فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالباً ، لأن اعتناء الشارع بالمنهيّات أشد من اعتنائه بالمأمورات . قال عليه الصلاة والسلام : (ما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم) ، رواه الإمام النووي في الأربعين.

ثانياً) ـ التطبيق

مما تفرع على هذه القاعدة :

أ) ـ أن كلاً من صاحب السفل وصاحب العلو ليس له أن يتصرف تصرفاً مضراً بالآخر ، وإن كان يتصرف في خالص ملكه وله منفعة . (رَ : المادة / 1192 / من المجلة) .

ب) ـ ومما يتفرع عليها أيضاً : الحجر على السفيه.

ج) ـ ومنه : أنه ليس للإنسان أن يفتح كوة تشرف على مقر نساء جاره ، بل يكلف أن يتخذ فيها ما يقطع النظر . وكذلك ليس له أن يحدث في ملكه ما يضر بجاره ضرراً بيناً ، كاتخاذه بجانب دار جاره طاحوناً مثلاً يوهن البناء أو معصرة أو فرنا يمنع السكنى بالرائحة والدخان . وكذا لو اتخذ بجانب دار جاره كنيفاً أو بالوعة أو ملقى قمامات يضر بالجدار فلصاحب الجدار أن يكلفه إزالة الضرر (رَ : المادة / 1200 / من المجلة) وإذا كان الضرر لا يزول إلا برفعه بالمرة فإنه يرفع (رَ :

المادة / 1212 / من المجلة) وإن كان لمحدثه منفعة في إبقائه لأن درء المفاسد أولى من جلب المنافع .

د) ـ ومنه : ما تقدم تحت المادة / 26 / من أنه يمنع من اتخاذ حانوت للطبخ أو للحدادة بين البزازين كما تشير إليه القاعدة (رَ : المادة / 25) .

هـ) ـ وجوزوا الكذب بين المتعاديين للإصلاح .

والظاهر أن هذا (أي تقديم المنفعة ومراعاتها حين تربو على المفسدة) فيما إذا كانت المفسدة عائدة على نفس الفاعل، كمسألة تجويز الكذب المذكورة، أما إذا كانت المفسدة عائدة لغيره، كمسألة العلو والسفل المتقدمة ونظائرها، فإنه يمنع منها لمجرد وجود الضرر للغير وإن كانت المنفعة تربو كثيرا على المفسدة .

* * *

القاعدة المكملة ثلاثين (المادة / 31)

« الضرر يدفع بقدر الإمكان »

أولاً) ـ الشرح

الضرر يدفع بقدر الإمكان ، فإن أمكن دفعه بالكلية فبها ، وإلا فبقدر ما يمكن . فإن كان مما يقابل بعوض جبر به كما تقدم التمثيل به تحت المادة / 25 / .

وكما لو عفا بعض أولياء القتيل عن القصاص انقلب نصيب الباقين دية .

وكما في المغصوب فإنه يدفع الضرر برده إذا بقي عينه وكان سليماً ، فإن لم تبقَ عينه أو بقيت ولكن غير سليمة بأن تعيبت ، ففي الأول : يجُبر الضرر برد مثله أو قيمته ، سواء كان عدم بقائه حقيقياً كالطعام إذا أكله الغاصب ، أو حكمياً كما إذا كانت شاة مثلاً فذبحها وطبخها أو حنطة فطحنها . وفي الثاني : إن كان العيب فاحشاً (وهو ما فوت بعض المنفعة) ، فإن كان المغصوب غير ربوي يتخير المالك في جبر الضرر بين أخذه وتضمين الغاصب ما نقص بالعيب أو طرحه عليه وتضمينه القيمة ، وإن كان ربوياً يتخير بين أخذه معيباً بلا ضمان النقصان أو طرحه عليه وتضمينه مثله أو قيمته من خلاف جنسه في مثل مسألة القُلب ، وإن كان غير فاحش (وهو ما فوت الجودة ونقص المالية) كالحرق اليسير فإن جبر الضرر يتعين بأخذه وتضمين النقصان إلا في الربوي فإن حكمه ما تقدم .

أما إذا لم يمكن دفع الضرر بالكلية ولا جبره فإنه يترك على حاله ، كما مثلنا به تحت الكلام على المادة / 25 / وكما إذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه ولم يكن حدث عنده ما يمنع الرد ثم اطلع على عيب قديم فيه فإنه لا يرجع بنقصان العيب .

وقد تقدم مسائل إزالة الضرر بقدر الإمكان بأزيد من هذا في أثناء الكلام على المادة / 5 / وقد أعدناها هنا بأمثلة غير التي تقدمت زيادة للإيضاح .

تنبيه :

إنما قيدنا بالإخراج في قولنا أخيراً « كما إذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه » لأنه لو هلك في يده أو أعتقه لا على مال أو وقفه فإنه يرجع بنقصان العيب .

* * *

القاعدة الحادية والثلاثون (المادة / 32)

« الحاجة تُنزَّل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة»

أولاً) ـ الشرح

الحاجة تتنزَّل فيما يحظره ظاهر الشرع منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة . وتنزيلها منزلة الضرورة في كونها تثبت حكماً . وإن افترقا في كون حكم الأولى مستمراً وحكم الثانية موقتاً بمدة قيام الضرورة إذ الضرورة تقدر بقدرها .

وكيفما كانت الحاجة فالحكم الثابت بسببها يكون عاماً بخلاف الحكم الثابت بالعرف والعادة فإنه يكون مقتصراً وخاصاً بمن تعارفوه وتعاملوا عليه واعتادوه ، وذلك لأن الحاجة إذا مست إلى إثبات حكم تسهيلاً على قوم لا يمنع ذلك من التسهيل على آخرين ولا يضر ، بخلاف الحكم الثابت بالعرف والعادة فإنه يقتصر على أهل ذلك العرف إذ ليس من الحكمة إلزام قوم بعرف آخرين وعادتهم ومؤاخذتهم بها .

ثم الضرورة هي الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه .

والحاجة هي الحالة التي تستدعي تيسيراً أو تسهيلاً لأجل الحصول على المقصود، فهي دون الضرورة من هذه الجهة ، وإن كان الحكم الثابت لأجلها مستمراً ، والثابت للضرورة موقتاً كما تقدم .

ثم إنما يضاف تجويز الحكم إلى الحاجة فيما يظهر إذا كان تجويزه مخالفاً للقياس ، وإلا كانت إضافته للقياس أولى .

والظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه ، أو تعامل ، أو لم يرد فيه شيء منهما ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به وجعل ما ورد في نظيره وارداً فيه .

كما في بيع الوفاء فإن مقتضاه عدم الجواز ، لأنه إما من قبيل الربا لأنه انتفاع بالعين بمقابلة الدين ، أو صفقة مشروطة في صفقة كأنه قال : بعته منك بشرط ان تبيعه مني إذا جئتك بالثمن . وكلاهما غير جائز ، ولكن لما مست الحاجة إليه في بخارى بسبب كثرة الديون على أهلها جوز على وجه أنه رهن أبيح الانتفاع بأنزاله[1]. والرهن على هذه الكيفية جائز .

أو كان لم يرد فيه نص يجوزه أو تعامل، ولم يرد فيه نص يمنعه، ولم يكن له نظير جائز في الشرع يمكن إلحاقه به ، ولكن كان فيه نفع ومصلحة . كما وقع في الصدر الأول من تدوين الدواوين ، وضرب الدراهم ، والعهد بالخلافة وغير ذلك مما لم يأمر به الشرع ولم ينه عنه ولم يكن له نظير قبل ، فإنه دعت إليه الحاجة وسوغته المصلحة ، بخلاف الضرورة فإن ما يجوز لأجلها لا يعتمد شيئاً من ذلك .

أما ما لم يرد فيه نص يسوغه ،ولا تعاملت عليه الأمة، ولم يكن له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به ، وليس فيه مصلحة عملية ظاهرة ، فإن الذي يظهر عندئذ عدم جوازه ، جريا على ظواهر الشرع ، لأن ما يتصور فيه أنه حاجة والحالة هذه يكون غير منطبق على مقاصد الشرع . وقد ذكر ابن الهمام ان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي (رَ : فتح القدير في باب شروط الصلاة) .

وأما ما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه فعدم الجواز فيه واضح ولو ظنت فيه مصلحة لأنها حينئذ وهم . (ر : ما سيأتي تحت القاعدة / 38)

ثانياً) ـ التطبيق

مما فرع على هذه القاعدة :

أ) ـ تجويز الإجارة ، فإنها جوزت بالنص على خلاف القياس ، للحاجة إليها ، وذلك لأن عقد الإجارة يرد على المنافع وهي معدومة ، وتمليك المعدوم قبل وجوده يستحيل ، ولا يمكن جعل العقد فيها مضافاً إلى زمن وجود المنفعة لأن التمليكات لا تقبل الإضافة .

ب) ـ ومنه : تجويز السلم ، فإنه جوز بالنص أيضاً على خلاف القياس للحاجة ، لأنه بيع المعدوم أيضاً .

---

(1) أنزاله: أي ثمراته ومنافعه، كلبن الشاة، وثمر الشجرة.

ج) - ومنه : تجويز ضمان الدرك ، فإنه جوز بالإجماع ،على خلاف القياس . وذلك لأن الكفالة من جهة المطلوب ، وهو المكفول عنه ، بمنزلة الطلاق والعتاق لا تتوقف على قبوله ، ومن جهة الطالب ، وهو المكفول له ، بمنزلة البيع لأنها تملّكه حق مطالبة الكفيل ، فتستدعي التنجيز كسائر التمليكات ، وضمان الدرك عبارة عن ضمان الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع ، فهو كفالة مضافة ، والقياس يأباها لأنها تمليك للطالب كما ذكرنا ، والتمليكات لا تقبل الإضافة ، لكنها جوزت بالإجماع (رَ : الهداية ، من الكفالة) لمكان التعامل ، وبقوله تعالى : (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) على ما فيه من البحث .

د) - ومنه : تجويزهم استئجار السمسار على أن له في كل مائة كذا ، فإن القياس يمنعه ، ويوجب له أجر المثل . ولكن جوزوه للتعامل (رَ : رد المحتار ، من الإجارة الفاسدة ، نقلاً عن التتارخانية عن محمد بن سلمة) وقال عَقِبه : وكثير من هذا غير جائز فجوزوه لحاجة الناس إليه .

هـ) - ومنه : تجويز استئجار الظئر للإرضاع ، على القول بأن العقد يرد على اللبن والخدمة تثبت تبعاً ، فإنه جوز للحاجة ، بالتعامل وبقوله سبحانه : (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) ، وإلا فالقياس يأباه لأنه وارد على استهلاك العين ، والإجارة إذا وردت على استهلاك الأعيان مقصوداً لا تجوز .

و) - ومنه : تجويز الاستصناع فيما فيه تعامل ، على الصحيح من أن الاستصناع بيع لا عِدَة ، فإن القياس يأباه لأنه بيع المعدوم ، لكن جوزوه استحساناً بالأجرة للحاجة بسبب تعامل الناس عليه . وما فيه من الخلاف فليس في أصل جوازه بل في أنه بيع أو عدة .

ز) - ومنه : تجويز دخول الحمّام بأجر ، فمقتضى القياس عدم جوازه ، لأنه وارد على استهلاك الأعيان وهو الماء الحار ، ومع ذلك فإن ما يستوفيه كلٌّ من الآخر مجهول . لكنه جوز لحاجة الناس ، بالتعامل ، وله نظير في الشرع يمكن إلحاقه به ، وهو جواز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها (رَ : تنوير الأبصار ، من الإجارة الفاسدة) فإن ما يستوفيه كل من المؤجر والمستأجر من صاحبه مجهول . وهذا النظير (أعني استئجار الظئر بطعامها وكسوتها) هو من السوابق الشائعة من صدر الإسلام بلا نكير ، وجوازه مروي عن أبي حنيفة نفسه (كما في شروح الهداية ورد المحتار من الإجارة الفاسدة) .

ح) ـ ومنه : تجويز الوصية ، فإن القياس يأباها لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت ، والتمليكات لا تقبل الإضافة ، وأيضاً بالموت ينتقل الملك إلى الوارث فلم يبقَ ملك للمورث بعد الموت حتى يملك تمليكه للغير . ولكن جوزت بنص الكتاب العزيز ، للحاجة .

* * *

القاعدة الثانية والثلاثون (المادة / 33)

« الاضطرار لا يبطل حق الغير »

أولاً) ـ الشرح

الاضطرار لا يبطل حق الغير سواء كان الاضطرار : 1) ـ بأمر سماوي ، كالمجاعة والحيوان الصائل2) ـ أو غير سماوي ، كالإكراه الملجىء .

ففي الأول : يجوز له أن يأكل من مال الغير بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه جوعاً ، ويدفع الصائل بما أمكن ولو بالقتل ، ويضمن في المحلين وإن كان مضطراً ، فإن الاضطرار يظهر في حلّ الإقدام لا في رفع الضمان وإبطال حق الغير .

وفي الثاني : إذا كان وارداً على إتلاف مال الغير ، فإن المكره (بالكسر) يضمنه ، أما غير الملجىء فإنه لا يبيح الإقدام على الإتلاف ولو أقدم فإن الضمان عليه لا على المكره لأن الاضطرار لا يتحقق في غير الملجىء بالنسبة لمال الغير .

تنبيه :

الظاهر أن ضمان المكرِه (بالكسر) لا يختص بما إذا كان المكرَه على إتلافه مالَ الغير، بل مثله ما إذا كان مالَ المكرَه (بالفتح) بدليل ما نصوا عليه من أنه لو أكره على أكل طعام نفسه وكان غير جائع فإن المكرِه يضمنه له .

ثانياً) ـ التطبيق

بالإضافة للمسائل الواردة في (قسم الشرح) :

أ) ـ منها : ما لو انتهت مدة الإجارة أو العارية والزرعُ بقلٌ لم يُحصَدْ بعد ،

فإنه يبقى إلى أن يستحصد ، ولكن بأجر المثل ، لأن اضطرار المستأجر والمستعير لإبقائه لا يبطل حق المالك فتلزم الأجرة .

ب) ـ وكذلك : لو انتهت مدة إجارة الظئر ، وقد صار الرضيع لا يأخذ ثدي غيرها، ولم يستغن بالطعام ، فإنها تجبر على إرضاعه ولكن بأجر المثل.

ج) ـ وكذا ما ذكروا من أنه لو علق طلاق زوجته على فعل نفسه الذي لا بد منه ، وكان التعليق في الصحة والشرط في المرض ، يكون فارّاً وترث ، لأن اضطراره إلى فعل ما لا بد منه لا يبطل حق زوجته في الإرث فترث (رَ : الدرر وغيره ، من باب طلاق المريض) .

* * *

القاعدة الثالثة والثلاثون (المادة /34)

« ما حرم أخذه حرم إعطاؤه »

أولاً) ـ الشرح

معنى هذه القاعدة أن الشيء المحرم الذي لا يجوز لأحد أن يأخذه ويستفيد منه يحرم عليه أيضاً أن يقدمه لغيره ويعطيه إياه ، سواء أكان على سبيل المنحة ابتداء أم على سبيل المقابلة ، وذلك لأن إعطاءه الغير عندئذ يكون من قبيل الدعوة الى المحرم أو الإعانة والتشجيع عليه ، فيكون المعطي شريك الفاعل . ومن المقرر شرعاً أنه كما لا يجوز فعل الحرام لا يجوز الإعانة والتشجيع عليه ، لقوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان».

ثانياً) ـ التطبيق

أ) ـ كما يحرم أخذ الربا يحرم إعطاؤه .

ب) وكذلك : الرشوة ، ولا تملك بالقبض ، ويجب ردها ولو كانت بغير طلب المرتشي .

ج) ـ وكذلك حلوان الكاهن ، وأجرةُ المغني ، والزامرِ ، والنائحة ، والواشمةِ ، والواشرةِ ، والمتوسطة لعقد النكاح ، والمصلح بين المتخاصمين ، وعسب التيس ، وأصحاب المعازف ، والقرّاد ، والمسخرة ، والقصّاص ولو بمغازي رسول الله (ﷺ) إذا كان مشروطاً لهم .

ثالثاً) ـ المستثنى

يستثنى من عموم القاعدة المذكورة :

أ) ـ ما يدفع للشاعر ونحوه للتخلص من هجوه .

ب) ـ وما يدفعه المستقرض بالربا إذا كان محتاجا .

ج) ـ وما يدفعه الوصي من بعض مال اليتيم لتخليص الباقي .

د) ـ وما يدفعه الإنسان لتسوية أمره عند السلطان أو الأمير .

فإنه (أي جميع ما دفع في هذه الوجوه) يحرم على الآخذ ، دون المعطي .

* * *

القاعدة الرابعة والثلاثون (المادة / 35)

« ما حرم فعله حَرُم طلبه »

أولاً) ـ الشرح

ما حرم فعله حرم طلبه ، وكذا ما يكره فعله يكره طلبه ، إذ السكوت على الحرام أو المكروه والتمكين منه حرام ومكروه ، ولا شك أن طلبه فوق السكوت عليه والتمكين منه ، فيكون مثله في أصل الحرمة بالأَوْلى وإن تفاوتت الحرمتان بالقوة .

ثانياً) ـ التطبيق

أ) ـ كما لا يجوز غش الغير ، ولا خديعته ، ولا خيانته ، ولا إتلاف ماله ، ولا سرقته ، ولا غصبه ، ولا الرشوة ، ولا فعل ما يوجب حداً أو تعزيراً أو إساءة : لا يجوز طلب شيء منها أن يفعله الغير .

ثالثاً) ـ المستثنى

يستثنى من القاعدة مسألة ، وهي : ما لو ادعى دعوى صادقة فأنكر الخصم فله طلب تحليفه . وفي الحقيقة لا استثناء، لأن طلب اليمين يكون رجاء لظهور الحق بنكوله عن اليمين الكاذبة لا رجاء الإقدام عليها.

* * *

القاعدة الخامسة والثلاثون (المادة / 36)

« العادة مُحكَّمة »

أولاً) ـ الشرح

يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لاثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه ، فلو لم يرد نص يخالفها أصلاً ، أو ورد ولكن عاماً ، فإن العادة تعتبر على ما سيأتي .

أصل هذه القاعدة قول ابن مسعود رضي الله عنه : (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح) وهو حديث حسن . وإنه وإن كان موقوفاً عليه فله حكم المرفوع ، لأنه لا مدخل للرأي فيه .

العادة : هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم ، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى . وهي المرادة بالعرف العملي .

فالمراد بها حينئذ ما لا يكون مغايراً لما عليه أهل الدين والعقل المستقيم ولا منكراً في نظرهم . والمراد من كونها عامة : أن تكون مطردة أو غالبة في جميع البلدان ، ومن كونها خاصة : أن تكون كذلك في بعضها ، فالاطراد والغلبة شرط لاعتبارها سواء كانت عامة أو خاصة (رَ : ما يأتي في المادة / 41 و42).

ثم إذا لم يرد نص مخالف يشملها فلا كلام في اعتبارها ، فقد نقل ابن عابدين أن العادة إحدى حجج الشرع فيما لا نص فيه (ر : رد المحتار ، من فصل بلوغ الغلام) ونقل أيضاً أن البناء على العادة الظاهرة واجب (رَ : رد المحتار ، من كتاب القاضي إلى القاضي ، عن العيني بلفظه) .

أما إذا ورد فإما أن يكون نصاً في مخالفتها فلا كلام في اعتباره دونها مطلقاً عامة

كانت أو خاصة ، لأن النص أقوى من العرف (ر : رد المُحْتار ، من باب الربا) فالعمل بها حينئذ عبارة عن رد النص ورفضه للعادة وهو لا يجوز .

وإما أن يكون عاماً ويكون المعتاد جزئياً من جزئياته ، فحينئذ :

إما أن تكون عامة فتصلح أن تكون مخصصة لعمومه اتفاقاً ، عملية كانت أو قولية .

وإما أن تكون خاصة ، واختلف في أنها هل تصلح مخصصة للنص العام بالنسبة لمن اعتادها أم لا ، والمذهب أنها لا تصلح ، وعليه مشى الفقيه أبو جعفر وأبو بكر البلخي . ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتبارها مخصصة بالنسبة لمن اعتادها ، منهم مشايخ بلخ كنصير بن يحيى ومحمد بن سلمة ، وعليه فروع كثيرة أفتوا بجوازها كشراء الكتاب على شرط أن يشرزه ، والقفل على أن يسمره ، أو الفروة على أن يخيط بها الظهارة ، أو القبقاب على أن يضع له سيراً ، أو النعل على أن يُشرِكه ، في محل تعارفوا فيه ذلك ، وغير ما ذُكِر مما لا يحصى من الفروع .

تنبيه :

إذا كان الشرع يقتضي الخصوص واللفظ يقتضي العموم فالمعتبر الخصوص ، فلو أوصى لأقاربه لا يدخل الوارث اعتباراً لخصوص الشرع ، كذا قال صاحب الأشباه ، وليس بظاهر لأنه من قبيل مصادمة العمل للنص المخالف له بخصوصه وهو قوله عليه الصلاة والسلام : (لا وصية لوارث) .

تنبيه آخر :

إنما تعتبر العادة إذا كانت سابقة ، فلا عبرة بالعرف الطارىء ، وعليه فلو كان الوقف سابقاً على ما تعورف من البطالة في الأشهر الثلاثة لا يعتبر ذلك العرف ، وكذلك لو كان التعليق سابقاً على العرف فلا يقيد العرف لفظ التعليق المطلق .

والقاعدة المذكورة من جملة القواعد الكلية التي تقدمت منظومة في الكلام على المادة /17/ والمواد / 37 - 40 و42 - 45 / كلها ناشئة منها .

ثانياً) ـ التطبيق

الذي تفرع عليها من الفروع الفقهية تعسر الإحاطة به .

أ) ـ فمن ذلك : لو بعثه إلى ماشيته فركب المبعوث دابة الباعث برىء لو بينهما انبساط ، وإلا ضمن . (رَ : جامع الفصولين ، الباب الثالث والثلاثين ، صفحة / 140).

ب) ـ ومنه : جواز التقاط الثمار التي يتسارع إليها الفساد من البساتين والرساتيق ، على المعتمد ، ما لم توجد دلالة المنع .

ج) ـ ومنه : اعتبار الكيل أو الوزن فيما تعورف كيله أو وزنه مما لا نص فيه من الأموال الربوية كالزيتون وغيره . وأما ما نص عليه فلا اعتبار للعرف فيه عن الطرفين .

د) ـ ومنه : اعتبار عرف الحالف والناذر إذا كان العرف مساوياً للفظ أو أخص ، فلو حلف لا يأكل رأساً ، أو لا يركب دابة ، أو لا يجلس على بساط : لا يحنث برأس عصفور ، ولا بركوب إنسان ، ولا بجلوس على الأرض ، لأن العرف خص الرأس بما يباع للأكل في الأسواق ، والدابة بما يركب عادة ، والبساط بالمنسوج المعروف الذي يفرش ويجلس عليه .

وأما العرف الزائد على اللفظ فلا عبرة به ، كما لو قال لأجنبية : إن دخلت بك فأنت كذا ، فنكحها ودخل بها لا تطلق وإن كان يراد في العرف من هذا اللفظ دخوله بها ، عن ملك النكاح ، لأن هذا زيادة على اللفظ بالعرف ، والعرف لا يجعل غير الملفوظ ملفوظاً ، فقد قال الإمام محمد رضي الله تعالى عنه : « بالعرف يخص ولا يزاد » .

لكن هذا إذا لم يجعل اللفظ في العرف مجازاً عن معنى آخر ، ولم يهجر المعنى الأصلي . فإن هجرت حقيقته واستعمل في معناه المجازي ، كمسألة وضع القدم ، ففي مثلها يعتبر المعنى العرفي دون الحقيقي اللفظي .

وكذلك في الموصي والواقف ، فإنه يحمل كلام كلٍ على لغته وعرفه وإن خالف لغة الشرع وعرفه ، إلا في مسائل ، استثناها صاحب الأشباه ، العمل فيها على

عرف الشرع . وهي : لو حلف لا يصلي أو لا يصوم أو لا ينكح فلانة وهي أجنبية ، فإنه لا يحنث إلا بالصلاة والصوم الشرعيين وفي النكاح بالعقد . ولكن في الحقيقة لا استثناء ، فإن العرف فيها موافق للشرع .

* * *

القاعدة السادسة والثلاثون (المادة / 37)

« استعمال الناس حجة يجب العمل بها »

أولاً) ـ الشرح

الظاهر أن المراد باستعمال الناس هو نفس المراد بالعادة ، وقد تقدم ، وهو أحد قولين في تفسير الاستعمال . وقيل ؛ الاستعمال هو نقل اللفظ عن موضعه الأصلي إلى معناه المجازي شرعاً وغلبة استعماله فيه . ولا تظهر إرادته هنا لأنه لا يتمشى إلا على قول الصاحبين المرجوح من أنه إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز أكثر استعمالاً منها يراد باللفظ معنى أعم يشمل الحقيقة والمجاز (رَ : ما تقدم في الكلام على المادة / 12) ولم يرجح قولهما ، وإذا لم يرجح يكون المعمول به قول الإمام ، وحملها على المرجوح بلا داع إليه غير موافق .

وإذا أريد بالاستعمال العرفي العملي يكون موضوع المادة غير داخل تحت الخلاف وهو أولى . وحينئذ فتكون القاعدة المذكورة تأكيداً لسابقتها ، وما قيل في تلك يقال في هذه .

* * *

القاعدة السابعة والثلاثون (المادة / 38)

« الممتنع عادة كالممتنع حقيقة »

أولاً) ـ الشرح

الممتنع عادة كالممتنع حقيقة ، فكما أن الممتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به ولا تقام البينة عليه ، للتيقن بكذب مدعيه ، كقوله لمن لا يولد مثله لمثله : هذا ابني ، فكذلك الممتنع عادة كدعوى معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لم يعهد عنه أنه أصاب مثلها بإرث أو بغيره .

ثانياً) ـ التطبيق

وكدعوى المدعي إقرار المدعى عليه بعد أن طالت الخصومة بينهما .

وكدعوى القريب أو أحد الزوجين ملك ما باعه وسلمه الآخر باطلاعه أو أن له فيه حصة .

وكدعوى الأجنبي على المشتري ان المبيع ملكه أو أن له فيه حصة بعدما رآه يتصرف في المبيع تصرف الملاك في أملاكهم بالهدم أو البناء أو الغراس .

وكدعوى الولد الذي في عائلة أبيه وصنعتهما واحدة ان المال الذي تحت يد والده ملكه أو له فيه حصة .

وكدعوى المتولي أو الوصي أنه أنفق أموالاً عظيمة كذبه فيها الظاهر على الوقف أو اليتيم .

فكل ذلك ، وكذا تكذيب التواتر ، لا تسمع الدعوى بشيء منه ولا تقام البينة عليه .

تنبيه يجب التيقظ له :

وهو أن الظاهر أن الممتنع حقيقة كدعوى بنوة أو أبوة من لا يولد مثله لمثله يستقل الحاكم برد الدعوى فيه بدون حاجة إلى سؤ ال الخصم عنها ويستبد به ولا حاجة إلى أن يدفع الخصم بأنها ممتنعة حقيقة وأنها لا تسمع ، إذ لا فائدة في سؤ اله عنها ، لأنه لو أقر لا ينفذ إقراره لأن شرط نفوذ الإقرار على المقر إمكان تصور صحته (رَ : الأشباه والنظائر ، من الإقرار) ولا يتصور صحة ذلك .

ويلحق به دعوى المتولي أو الوصي أنه أنفق على عقار الوقف أو على اليتيم أو عقاره مبلغاً يكذبه فيه الظاهر ، فإن الحاكم يستبد بردها من غير أن يسأل الخصم عنها إن كان هناك خصومة ، ولا يقبل قوله ولا يمينه إن كان ذلك أثناء محاسبته له ، إذ لا فائدة في سؤ ال الخصم عنها لأن السؤ ال إنما يكون رجاء الاعتراف وهو لا يملك الاعتراف على الوقف أو اليتيم بذلك فيردها ،

بخلاف بقية المسائل المفرعة على المادة فإن الظاهر أن الحاكم لا يردها ابتداء بل يسأل الخصم عنها فإن دافع بأنها لا تسمع لامتناعها عادة ردها حينئذ ، وذلك لأن الخصم لو أقر بالمدعى به لدى الحاكم ، والحالة هذه ، نفذ عليه خصوصاً ان في بعضها لا بد من إقامة المدعى عليه البينة على المدعي بما يفيد امتناع مدعاه عادة ، كقرابته له واطلاعه على بيعه العين المدعى بها ، وكاطلاعه على الشراء وعلى تصرف المشترى زماناً تصرف الملاك ، وككون الولد في عائلة أبيه وان صنعتهما واحدة ، وككون المدعي معروفاً بالفقر . وإقامة البينة لا تكون إلا بعد سؤ ال الحاكم له عن الدعوى ومدافعته بذلك .

* * *

القاعدة الثامنة والثلاثون (المادة / 39)

« لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان »

أولاً) ـ الشرح

لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ، أي بتغير عرف أهلها وعادتهم ، فإذا كان عرفهم وعادتهم يستدعيان حكماً ثم تغيرا إلى عرف وعادة أخرى فإن الحكم يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعادتهم ، ولذا لما كان لون السواد في زمن الإمام رضي الله عنه يعد عيباً قال بأن الغاصب إذا صبغ الثوب أسود يكون قد عيبه ، ثم بعد ذلك لما تغير عرف الناس وصاروا يعدونه زيادة قال صاحباه إنه زيادة .

وكذلك الدور لما كانت تبنى بيوتها على نمط واحد قال المتقدمون غير زفر : يكفي لسقوط خيار الرؤ ية رؤ ية بيت منها ، ولما تبدلت الأزمان وصارت بيوت الدور تبنى على كيفيات مختلفة رجح المتأخرون قول زفر من أن لا بد من رؤ ية كل البيوت ليسقط الخيار .

وكذلك قال المتقدمون أن الدائن ليس له استيفاء دينه من مال المديون حال غيبته إلا إذا كان من جنس حقه ، وقالوا على الزوجة أن تتابع زوجها بعد إيفائه لها معجل مهرها حيث أحب ، لما كان في زمانهم من انقياد الناس إلى الحقوق . ثم لما انتقلت عادة الناس إلى العقوق قال الفقهاء للدائن استيفاء دينه ولو من غير جنس حقه ، وقال المتأخرون لا تجبر الزوجة على متابعة الزوج إلى غير وطنها الذي نكحها فيه وإن أوفاها معجل مهرها ، لتغير حال الناس إلى العقوق .

بل إن ذلك مقرر ومسلم وثابت ، وهو سنة الله سبحانه في تشريعه لعباده ، فإنه تعالى حين بدأ خلق الإنسان وكان الحال ضيّقاً لقلة عدد الذرية أباح نكاح الأخت لأخيها ووسع في أشياء كثيرة ، وبقي ذلك إلى أن حصل الاتساع وكثرت

الذرية فحرم ذلك في زمن بني إسرائيل ، وحرم السبت والشحوم ولحوم الإبل وأموراً كثيرة. وكانت توبة الإنسان بقتله نفسه، وإزالة النجاسة بقطعها، إلى غير ذلك من التشديدات، ثم لما جاء آخر الزمن وضعف التحمل وقل الجلد لطف الله سبحانه بعباده وخفف عنهم بإحلال تلك المحرّمات ورفع تلك التكليفات وقبول التوبات ، كل ذلك بحسب اختلاف الأحوال والأزمان ، سنة الله الجارية في خلقه .

وقيل تغير الأحكام إحداثها وابتداء سنها بعد أن لم تكن ، كما فعل عمر بن عبد العزيز فإنه قال : ستحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور.

ثم إذا ادعي اختلاف الأحوال إلى تغير بعض الأحكام أو إثبات أحكام ، فلا بد أن تكون تلك الأحكام المسنونة بحال تشهد لها قواعد الشرع بالاعتبار ، أو تكون بحالٍ إذا لم تشهد لها بالاعتبار لا تشهد عليها بالإبطال ؛ كأن تكون من المصالح المرسلة ، وهي التي لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها ولوحظ فيها جهة منفعة ، فإنها يجوز العمل بها وإن لم يتقدمها نظير في الشرع يشهد باعتبارها ، كما وقع لسيدنا الصدّيق في توليته عهد الخلافة لعمر رضي الله عنهما ، وكترك الخلافة شورى بين ستة ، وكتدوين الدواوين ، وضرب السكة ، واتخاذ السجون ، وغير ذلك كثير مما دعا إلى سنّه تغير الأحوال والأزمان ، ولم يتقدم فيه أمر من الشرع ، وليس له نظير يلحق به ، ولوحظ فيه جهة المصلحة . (رَ : معين الحكام ، الفصل الثاني في القسم الثالث من الكتاب) .

ولنا نظير هذا كلام أسلفناه في شرح القاعدة الثانية والثلاثين فانظره هناك.

ثانياً) ـ التطبيق

مما يفرع على القاعدة المذكورة أيضاً :

أ) ـ أنه لما ندرت العدالة وعزّت في هذه الأزمان قالوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل والأقل فجوراً فالأقل ، (ر : معين الحكام ، باب القضاء بشهادة غير العدول ، وغيره)

ب ـ وقالوا نظير ذلك في القضاة وغيرهم ، إذا لم يوجد إلا غير العدول أقمنا

أصلحهم وأقلهم فجوراً ، لئلا تضيع المصالح وتتعطل الحقوق والأحكام . فقد حسن ما كان قبيحاً واتسع ما كان ضيقاً ، واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان ، فإن خيار زماننا هم أراذل أهل العصر الأول ، وولاية الأراذل فسوق (رَ : معين الحكام ، القسم الثالث ، قبيل الفصل الثالث في الدعاوى بالتهم والعدوان) .

ج ـ وجوزوا تحليف الشهود عند إلحاح الخصم . (رَ : المادة / 1727 من المجلة) وإذا رأى الحاكم ذلك لفساد الزمان (رَ : معين الحكام ، الفصل الثاني من القسم الثالث في القضاء بالسياسة) .

د ـ وجوزوا أيضاً إحداث أحكام سياسية لقمع الدعار وأرباب الجرائم عند كثرة فساد الزمان . وأول من فعله عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ، فانه قال : ستحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور .

هـ ـ ومما فرع على القاعدة : منع عمر بن عبد العزيز عماله عن القتل إلا بعد إعلامه وإذنه به بعد أن كان مطلقاً لهم ، لما رأى من تغير حالهم .

* * *

القاعدة التاسعة والثلاثون (المادة/ 40)

« الحقيقة تترك بدلالة العادة »

الشرح

الحقيقة تترك بدلالة العادة والعرف لأن الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعورف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازاً .

ومن المعلوم أن الأمر إذا دار بين الحقيقة والمجاز تترجح الحقيقة ، وهي هنا العرف والعادة ، ويترك المجاز ، وهو المعنى الوضعي الأصلي . فقد قال صاحب جامع الفصولين : « مطلق الكلام محمول على المعتاد » (رَ : الفصل الأربعين ، ص / 243) .

وفائدة وضع هذه المادة بعد المادتين / 36 و37 / دفع ما عساه يتوهم من أن تحكيم العادة والعمل باستعمال الناس إنما يكونان حيث لم تعارضهما الحقيقة ، وذلك بأن لم يكن بإزائهما حقيقة أصلاً ، كمسألة التقاط الثمار الساقطة ، المتقدمة تحت القاعدة / 36 / ، أو كان بإزائهما حقيقة ولكنها كانت موافقة لهما . وأما إذا كانت مصادمة لهما فلا يكونان معتبرين ، فنبهوا بهذه المادة على أن تحكيم العادة والعمل باستعمال الناس لا تقوى الحقيقة على معارضتهما ، بل يعمل بهما دونها على ما تقدم . وذلك كمسألة وضع القدم ، ومسألة ما لو حلف لا يأكل رأساً ولا يركب دابة ، المتقدمتين في المادة / 36 / المذكورة .

فظهر بما ذكر أن المراد بالحقيقة المذكورة في لفظ المادة هي الحقيقة المهجورة ، وإلاّ فإن الحقيقة المستعملة هي المعتبرة عند الإمام دون المجاز ، وإن كان استعماله اكثر من استعمالها . فكان ينبغي وضع هذه المادة عقب المادة / 37 / .

* * *

القاعدة المتممة أربعين (المادة/ 41)
« إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت »

أولاً) ـ الشرح

لما كان ظاهر القاعدة / 36 / أن العادة مرعية على الإطلاق ، أثبتوا هذه المادة هنا لتفيد تقييدها بما إذا اطردت أو غلبت ، أما إذا ساوت أو ندرت فلا تراعى .
استقرض ألفاً مثلاً واستأجر المقرض لحفظ ملعقة أو ما شاكلها مدة معلومة بأجرة تزيد على قيمة الملعقة توصلاً لحل المرابحة في القرض. وذكر بعضهم أن فسادها هو الصواب، وعلله بأن هذا الشيء لم تعرفه عامتهم بل تعارفه خواصهم، والعرف يثبت بهذا القدر.

ثانياً) ـ التطبيق

مما يتفرع على هذه القاعدة :

أ) ـ ما لو باع بدراهم ، أو بدنانير ، وكانت مختلفة في المالية والرواج ، ينصرف البيع إلى أغلبها رواجاً . وإذا كانت متساوية في الرواج ، والمسألة بحالها ، فسد العقد لأنه يؤدي إلى التنازع .

* * *

القاعدة الحادية والأربعون (المادة/ 42)

« العبرة للغالب الشائع لا للنادر .

الشرح

العبرة للغالب الشائع لا للنادر ، فلو بني حكم على أمر غالب فإنه يبنى عاماً ، ولا يؤثر على عمومه واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد أو في بعض الأوقات .

فقد جوز المتأخرون للدائن في هذا الزمن استيفاء دينه من غير جنس حقه ، لغلبة العقوق .

وقالوا : ليس للزوج أن يجبر زوجته على السفر من وطنها إذا كان نكحها فيه وإن اوفاها معجل مهرها ؛ لغلبة الإضرار في الأزواج .

وقالوا : ليس للقاضي أن يقضي بعلمه ، لفساد حال القضاة .

وصححوا الاستئجار على الإمامة والأذان والتعليم ؛ لتكاسل الناس عن القيام بها مجاناً .

وقدروا في الحضانة استغناء الصبي بالسبع ، وحد الشهوة للانثى بالتسع ؛ لأنه الغالب .

ومنعوا من سماع دعوى الزوجة بكل المهر المعجل على زوجها بعد الدخول بها ، بل يقال لها : إما أن تقري بما تعجلت وإلا قضينا عليك بالمتعارف تعجيله[1] ؛ وذلك لأنها لا تسلم نفسها عادة من غير أن تقبض .

(1) والقول للورثة في قدر ذلك ، (رَ : معين الحكام ، من فصل ادعت نكاحه ، من الباب الحادي والأربعين ، صفحة / 186) والقول للزوجة فيما زاد على المعجّل إلى تمام مهرمثلها (رَ : رد المحتار ، من باب المهر) .

وقدروا مدة الاياس من الحيض للمرأة بخمس وخمسين سنة لأجل أن تعتد؛ لأن المرأة إذا بلغت هذه السن ففي الغالب ينقطع حيضها.

وجعلوا كل ذلك احكاماً عامة ، مع أنه لا شك في التخلف في بعض الأفراد وفي بعض الأوقات، ولكن لم ينظروا له وجعلوا العبرة للكثير الغالب.

* * *

القاعدة الثانية والأربعون (المادة/ 43)
« المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً »

أولاً) ـ الشرح

المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، ففي كل محل يعتبر ويراعى فيه شرعاً صريح الشرط المتعارف ، وذلك بأن لا يكون مصادماً للنص بخصوصه (رَ : ما تقدم في المادة / 36) ، إذا تعارف الناس واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح .

فكما لا تسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحاً مما تعورف ، لا تسمع الدعوى بخلاف ما تعورف واعتيد العمل به بدون شرط ؛ ولذا قالوا : لو ادعى نازلُ الخان وداخل الحمام وساكنُ المعدِّ للاستغلال الغصبَ ، ولم يكن معروفاً به لم يصدق في ذلك ، ويلزمه الأجر ،كما لو استخدم صانعاً في صنعة معروف بها وبها قوام حاله ومعيشته ، ولم يعين له أجرة ثم طالبه بالأجر ، فادعى أنه استعان به مثلاً ، فإنه لا يسمع منه ويلزمه أجر مثله .

وأما إذا كان الشرط المتعارف الصريح غير معتبر شرعاً ، وذلك بأن كان مصادماً للنص بخصوصه ، فلا يكون معتبراً إذا تعارف الناس العمل عليه بدون اشتراط ، فلو تعارف الناس مثلاً تضمين المستعير والمستأجر ما تلف من العين المعارة أو المأجورة بدون تعدٍّ منه ولا تقصير ، لا يعتبر ذلك التعارف ولا يراعى ، لأنه مضاد للشارع .

ثانياً) ـ التطبيق

مما يتفرع على هذه القاعدة المذكورة :

أ) ـ ما لو جهز الأب ابنته بجهاز ودفعه لها ثم ادعى أنه عارية ، ولا بينة ، فإنه ينظر إن كان العرف مستمراً أن مثل ذلك الأب يدفع مثل ذلك الجهاز عارية أو ملكاً فإنه يتبع ، ويكون القولُ قولَ من يشهد له العرف ، والبينة بينة الآخر ، وإن كان العرف مشتركاً فالقول للأب والبينة بينة البنت .

ب) ـ ومنه : ما لو اختلف البائع والمشتري في دخول البردعة أو الإكاف في البيع ، فإنه يحكم العرف .

ج) ـ ومنه : ما لو دفع الأب ابنه إلى الأستاذ مدة معلومة ليعلمه الحرفة ، ثم اختلفا فطلب كل منهما من الآخر الأجر ، فإنه يحكم بالأجر لمن يشهد له عرف البلدة .

د) ـ وكذا يعتبر العرف في أن الحمال يدخل المحمول إلى داخل الباب أو لا .

تنبيه :

إنما قيدنا الشرط بالمتعارف لأن غير المتعارف لا يعتبر إلاّ إذا كان شرطاً يقتضيه العقد ؛ كاشتراط جنس المبيع لاستيفاء الثمن ، أو يلائمه ؛ كاشتراط كفيل حاضر أو رهن معلوم ، فهو غير ما نحن فيه .

* * *

القاعدة الثالثة والأربعون (المادة/ 44)

« المعروف بين التجار كالمشروط بينهم »

الشرح

هذه القاعدة في معنى سابقتها لا تفترق عنها ، إلاّ أن تلك في مطلق عرف ، وهذه خاصة في عرف التجار ، فإذا وقع التعارف والاستعمال بينهم على شيء غير مصادم للنص يتبع وينصرف اليه عند الإطلاق ، ولا تسمع دعوى إرادة خلافه ؛ كما لو باع التاجر شيئاً وقد جرى العرف على أن يكون بعض معلوم القدر من الثمن حالاً ، أو على أن دفع كل الثمن يكون منجماً على نجوم معلومة يكون ذلك العرف مرعّياً بمنزلة الشرط الصريح .

تنبيه :

ربما يتوهم متوهم مما ذكر في هذه المادة والتي قبلها من أن الدعوى بخلاف المتعارف لا تسمع ، أنه في الفرع الأول المفرع على هذه القاعدة لو سلم البائع السلعة ثم جاء يدعي بكل الثمن وأنه سلم السلعة ولم يقبض بعض الثمن المتعارف دفعه قبل التسليم لا تسمع دعواه بالكل ، بل بالبعض المتعارف تنجيمه.

والحال أن الدعوى تسمع منه بالكل ، وليس في سماعها مخالفة للعرف ، وذلك لأن العرف يجعل المسكوت عنه كالمشروط ، فهو يقضي بجعل المتبايعين كأنهما شرطا تعجيل بعض معلوم من الثمن وتنجيم الباقي صريحاً ، لا بأكثر من ذلك ، حتى لو أراد البائع قبض كل الثمن قبل تسليم السلعة بحجة أنهما لم يشترطا شيئاً لم تسمع دعواه ، ولا يجاب طلبه ، لأن الثمن كان واجباً كله بالعقد ، فلا يقضى

بسقوط شيء منه بحكم الظاهر ، لأن الظاهر لا يصلح حجة لإبطال ما كان ثابتاً . والحاصل أن البائع بدعواه هذه ينكر قيام المشتري بما يقتضيه العرف ، وذلك منه لا يصادم العرف .

يجب التعرض هنا لإشكال يرد على جواب هذا الإشكال ، وهو ما ذكروه في المهر من أن المدخول بها إذا ادعت كل المهر على الزوج أو ورثته وادعى الزوج أو ورثته دفع شيء لها من المهر ، يقال لها : إمّا أن تقرّي بما تعجلت وإلاّ قضينا عليك بما تعورف تعجيله .

جواب هذا : هو أن عرف التجار المذكور جارٍ على التقسيط والتنجيم ، لا على القبض فعلاً ، بل إن القبض فعلاً قد يقع وقد لا يقع ، بخلاف مسألة المهر المذكورة فإنها معللة بأن العرف جارٍ على أنها لا تسلم نفسها حتى تتعجل شيئاً من المهر .

* * *

القاعدة الرابعة والأربعون (المادة/ 45)

« التعيين بالعرف كالتعيين بالنص »

أولاً) ـ الشرح

هذه القاعدة في معنى القواعد/ 37 و 43 و44 / .

ثانياً) ـ التطبيق

ومما يمكن أن يتفرع عليها :

أ) ـ ما لو استأجر داراً أو حانوتاً بلا بيان من يسكن ، أو بلا بيان ما يعمل فيه ، فله أن ينتفع بجميع أنواع الانتفاع ، غير أنه لا يسكن ولا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً ، من غير إذن المؤجر .

ب) ـ وكذلك لو استأجر حانوتاً في سوق البزازين مثلاً ، فليس له أن يتخذه للحدادة أو الطبخ أو نحو ذلك مما يؤذي جيرانه .

* * *

القاعدة الخامسة والأربعون (المادة/ 46)
« إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع »

أولاً) ـ الشرح

اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات ، لحديث : (ما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم) .

وينبغي أن يقيد إطلاق قاعدة تقديم المانع على المقتضي بما إذا لم يرب المقتضي على المانع ، بأن تساويا ؛ كما في مسألة بيع الراهن العين المرهونة المفرعة على المادة تمثيلا لها ، فإن المانع والمقتضي متساويان فيها لتعلقهما بالمال المرهون على السواء ، أو رَبا المانع ؛ كما في مسألة الخروج على الإمام الجائر اذا كان يترتب على الخروج عليه مفسدة أعظم من جوره ، فإنه حينئذ يقدم المانع . أما إذا رَبا المقتضي على المانع فالظاهر أنه يقدم المقتضي ، بدليل ما ذكروا في المضطر إذا لم يجد ما يدفع به الهلاك عن نفسه إلا طعام الغير فإنه يجوز له تناوله جبراً عليه ، ويضمنه له ، وتجويزهم التناول جبراً على المالك فيه ترجيح للمقتضي ، وهو إحياء المهجة ، على المانع وهو كون الطعام ملك الغير ، وما ذاك إلا لكون المقتضي رابياً على المانع فإن حرمة النفس أعظم من حرمة المال .

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة ، منها :

أ) ـ ما لو أقر المريض مرض الموت لوارثه ولأجنبي بدين أو عين مشتركاً على

الشيوع ، بطل فيهما .

ب) ـ ومنها : ما إذا كان السفل لواحد والعلو لآخر ، فإن كلاً منهما ممنوع عن التصرف في ملكه بما يضر بملك صاحبه ، تغليباً للمانع على المقتضي .

ج) ـ ومنها : ما لو ضمَّ ما لا يحل بيعه كالخنزير الى ما يحل في صفقة واحدة يفسد البيع (رَ : الدرر ، من أواخر كتاب النكاح) .

د) ـ ومنها : منع المؤجر عن التصرف في العين المأجورة بما يمس حق المستأجر ، تقديماً للمانع وهو حق المستأجر .

هـ) ـ ومنها : بطلان كل القضاء وكل الشهادة إذا بطل بعضهما ، كما لو قضى القاضي أو شهد الشاهد لمن تقبل شهادته له ولمن لا تقبل : بطل في كليهما .

و) ـ ومنها : ما لو حط البائع كل الثمن عن المشتري فإنه يصح حطه ولكن لا يلتحق بأصل العقد ، بل يعتبر بمنزلة هبة مبتدأة (رَ: الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، آخر باب التصرف في المبيع والثمن) . وذلك تقديماً للمانع عن التحاقه به ، وهو تأديته إلى بطلان العقد ، لفقد ركنه بخلو العقد حينئذ عن الثمن ، على المقتضي للإلحاق ، وهو المحطوط ثمناً وهو من متعلقات البيع وناشيء عنه ، بل هو ركن فيه .

وعلى ما ذكرنا : لو باعه المشتري بعد الحط مرابحةً ، يرابح على كل الثمن المذكور في العقد . ولو كان المبيع عقاراً فأخذ بالشفعة فالشفيع يأخذه بكل الثمن. بخلاف ما إذا حط البائع بعض الثمن فإنه يلتحق الحط بالعقد ، لعدم المانع حينئذ من التحاقه ، فيرابح على ما بقي من الثمن بعد الحط ، ويأخذ به الشفيع أيضا .

ز) ـ ومنه: ما لو تصارفا ذهباً بذهب أو فضة بفضة، ثم حطّ أحدهما عن الآخر بعض البدل أو زاده في البدل ـ أي وقبل الآخر كما في رد المحتار نقلا عن البحر، أوائل باب الصرف ـ فإن الحط يصح عند محمد ، ولا يلتحق بالعقد بل يجعل كهبة مبتدأة، والزيادة تبطل عنده (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار، أوائل باب الربا نقلا عن الذخيرة)، تقديما للمانع ، وهو أن التحاق الحط وتصحيح الزيادة يؤدي الى فساد العقد لعدم التساوي في البدلين، على المقتضي، وهو كون المتصرف بالحط والزيادة يتصرف في خالص ملكه. وظاهر كلام «الذخيرة» يفيد ترجيح قول محمد على قول غيره ، حيث علّله ووجّهه ولم يوجّه قول غيره.

وإنما أبطل محمد الزيادة ولم يصححها هبة مبتدأة كالحط ، لأن تسميتها زيادة تستدعي مزيداً فيه وتستلزمه للالتحاق به ، فتلتحق ، بخلاف الحط فإنه إسقاط.

ح) ـ ومنها : أن الهبة لا تنعقد بالبيع بلا ثمن ، ولا العارية بالإجارة بلا بدل . تقديماً للمانع على المقتضي ، وذلك لأن الأمر فيهما دائر بين بيع وإجارة فاسدين ، وذلك مانع ، وبين هبة وعارية صحيحين ، وهو مقتض ، فقدم المانع .

(انظر : الفرعين المذكورين فيما كتبناه تحت القاعدة الثانية).

ط) ـ ويتفرع على القاعدة المذكورة : ما لو شهد اثنان أنه مات وهي امرأته ، وآخران أنه طلقها قبل موته ، يفتى بأولوية بينة الطلاق . وكذا بينة الخلع أولى من بينة النكاح (رَ : جامع الفصولين ، من الفصل العاشر ، ص 142 و 143 ملخصا . ورَ : ص 146 و 147 أيضاً) .

تنبيه :

الظاهر أن محل تقديم المانع على المقتضي إنما يكون إذا وردا على محل واحد ، كالأمثلة المفرعة المذكورة ، أما إذا لم يردا على محل واحد فإنه يعطى كل منهما حكمه ، بدليل ما قالوا فيما لو جمع بين من تحل له ومن لا تحل له في عقد واحد : صح في الحلال وبطل في الأخرى .

وكما لو جمع بين وقف وملك وباعهما صفقة واحدة : صح في الملك بحصته من الثمن .

وكما لو جمع بين ماله ومال غيره وباعهما صفقة واحدة ، فإنه يصح في ماله ويتوقف في مال الغير على إجازة المالك .

ينبغي التعرض لإشكال عساه يرد ، وهو ما نصوا عليه من أنه لو جمع بين حر وعبد ، أو مسجد عامر وملك في عقد واحد ، فإنه يفسد في العبد والملك . ويمكن دفعه بأنه فيه البيع بالحصة ابتداء .

ولو جمع بين مدبر وعبد: صح في العبد بحصته ، لكون المدبر مالاً في الجملة لمكان الخلاف في جواز بيعه ، كما هو مذهب الشافعي ، فقد نصوا على أنه يدخل في البيع ثم يخرج منه ، فليس فيه البيع بالحصة ابتداء .

وأما صحة النكاح في الحلال فلكون المال في النكاح غير مقصود .

ومثل العبد والمدبر : الوقف والملك ، فإن الوقف مال في الجملة ، للخلاف في جواز بيع الوقف .

وكما لو أوصى لأجنبي ووارث ، أو لأجنبي وقاتل فللأجنبي نصفها ، وبطلت في حق الآخر ، أي على تقدير عدم الإجازة، وقولهم في القاعدة المذكورة : « إذا تعارض » يشير الى هذا ، فإنه لا تعارض عند انفكاكهما ، إذ يمكن مراعاة المقتضي بدون أن يلزم المانع .

ولا يشكل فرع الوصية للأجنبي والوارث مع فرع الإقرار لهما السابق ، حيث صحت الوصية بالنسبة للأجنبي وبطل الإقرار بالنسبة اليه كما بطل في حق الوارث ، لأن الوصية تمليك مبتدأ مضاف لما بعد الموت والشائع يقبله ، وبطلان التمليك لأحدهما لا يستلزم بطلان التمليك للآخر . أما الإقرار فإنه إخبار يثبت به ما أخبر عنه طبق ما أخبر به مشتركاً على الشيوع ، فيثبت كذلك فيكون ما من جزء يأخذه الأجنبي إلا وللوارث حق المشاركة فيه ، فيصير كأنه إقرار للوارث فيبطل .

ط) ـ ويتفرع على القاعدة المذكورة أيضا : ما لو تعارض جرح الشاهد وتعديله فإنه يقدم الجرح على التعديل (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، كتاب الشهادات ، باب القبول وعدمه)

ثالثاً) ـ الاستثناء

وخرج عن هذه القاعدة مسائل :

أ) ـ منها : ما لو سكن أحد الشريكين العقار المشترك في غيبة شريكه ، فإنه يجوز ، وللشريك الغائب ان يسكن بعد عودته نظير ما سكن شريكه (رَ : المادة1083 من المجلة) .

ب)ومنها :تجويزهم للمستأجر على العمل في عين أن يستأجر غيره للعمل فيها ويدفعها له ، وللمستعير أن يعير لغيره ويدفع العين له فيما لا يختلف استعماله ، مع أن العين وديعة في أيديهما والمودع لا يودع لغير من في عياله أو من يحفظ به ماله . وهذا مانع ولم يعمل عمله هنا بل قدم المقتضي ، وهو كون المستعير ملك المنافع فملك

تمليكها ، وكون المستأجر للعمل يعمل بنفسه وبأجيره ، وذلك لأن الإيداع ثبت ضمنا لا قصداً كما علل به صاحب جامع الفصولين (رَ : آخر الفصل التاسع عشر ، آخر ص 250 بخصوص الأجير ، نقلاً عن فصول العمادي) .

ج) - ومنها : ما لو كان كرم مشترك بين حاضر وغائب ، أو بالغ ويتيم ، فأدرك ثمره فباعه وأخذ حصته ووقف حصة الغائب يسعه ذلك (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثالث والثلاثين من بحث الانتفاع بالمشترك).

د) - ومنها : تجويزهم لأحد الشريكين تعمير المشترك ، بدون إذن الشريك وبدون إذن قاض ، ورجوعه بقيمة البناء عند ضرورة تعذر قسمته وامتناع الجبر على العمارة ، كحمام ورحى وجدار لا يقسم (رَ : رد المحتار ، كتاب الشركة) فها هنا قدم المقتضي على المانع كما هو ظاهر .

هـ) - ومنها : ما لو ادعى على ذي اليد أن العين التي في يده كانت ملك فلان الغائب ، وأنه كان اشتراها منه ، وأنه ملكه بذلك الشراء ، وبرهن على ذلك غب إنكار المدعى عليه، وقضي له بذلك كان حكما على الغائب بالبيع ، فلو حضر وأنكر البيع لا يسمع منه (رَ : الدر المختار ، من فصل الحبس) .فها هنا قدم المقتضى ، وهو دعوى المدعي وبينته القائمة وإحياء حقه ، على المانع ، وهو كون المالك الأول المقضي عليه بالبيع غائبا . وقد نصوا في المتون أنه لا يقضى على غائب ولا له إلا بحضور نائب عنه .

و) - ومن المستثنى أيضا: ما لو أقام بينة على آخر أنه اشترى هذه الدار من فلان الغائب ، وأنه شفيعها ، فقضي له بذلك ، صار المالك الأول مقضياً عليه بالبيع وإن كان غائبا ، ولو حضر وأنكر لا يعتبر إنكاره .

ز) - ومنه: ما لو أقام الكفيل بالأمر بينته على الأصيل أنه أوفى الطالب دينه ، والطالب غائب ، يقضى له ، ويصير الطالب مقضيا عليه بالاستيفاء ، ولو حضر وأنكر الإيفاء لا يسمع منه ، ولا حاجة الى اعادة البينة بمواجهته في جميع ذلك (للصورتين / و ، ز/ رَ : رد المحتار ، فصل الحبس) .

« والضابط في ذلك : أنه إذا كان ما يدعى على الغائب سببا لا محالة لما يدعى

على الحاضر يصير الغائب مقضياً عليه بالقضاء على الحاضر »[1] .

ففي الفروع المستثناة المذكورة ما يدعى على الغائب ، وهـو البيع في الأول والثاني ، وإيفاء الكفيل له في الثالث ، سبب لا تحول له عن السببية لما يدعى على الحاضر ، وهو كون المدعى عليه يجب عليه تسليم العين المدعى بها للمدعي ، بحكم كونه مالكا لها في الأول ، وكونه يجب تسليمها عليه بحكم الشفعة في الثاني ، وكونه يحق للكفيل الرجوع بمبلغ الدين في الثالث .

وقد فرعوا على الضابط المذكور فروعاً كثيرة ، نقل منها في « رد المحتار » من المحل المذكور ، عن المجتبى ، تسعة وعشرين فرعا ، تنظر هناك فإن منها قسماً عظيماً كثير الوقوع .

فائدة :

ذكر صاحب « معين الحكام » جانبا من مسائل القضاء على الغائب المتقدمة ، ومنـه المسألـة الأولى المتقدمـة عن « الـدر المختـار » ثم قال : أعجوبـة ! ذكر في « الفتاوى الصغرى » : لو صدقه ذو اليد في ذلك ـ أي في أن العين المدعى بها كانت ملك فلان الغائب وان المدعي اشتراها منه ـ فالقاضي لا يأمر ذا اليد بالتسليم الى المدعي ، لئلا يحكم على الغائب بالشراء بإقـراره . والظاهـر أن الحـكم كذلك في المسألة الثانية ، وهي مسألة الشفعة المتقدمة ـ فلو أقر المشتري بأن الدار كانت ملكا للغائب وأنه اشتراها منه لا يؤمر بالتسليم للشفيع ، بل يؤمر الشفيع بإقامة البينة على ذلك ، لئلا يصير المالك الغائب مقضيا عليه بالبيع بإقراره ، بخلاف المسألة الثالثة ، وهي مسألة الكفالة المتقدمة إذا أقر المديون المدعى عليه بأن الكفيل أدى الدين للأصيل ، فالظاهر أنه يؤمر بأداء الدين إليه بمقتضى إقراره ، لأن القضـاء عليه والحالة هذه لا يجعل الأصيل مقضيا عليه بالاستيفاء من الكفيل ، بل إقراره يقتصر عليه فحسب ، إذ الديون تقضى بأمثالها ، بخلاف المسألتـين الأوليين ،

---

(١) يرد على هذا الضابط ما جاء في رد المحتار ، من كتاب الكفالة عند قول المتن : « ولـو كفـل بأمـر رجع » ـ نقلا عن النهر عن تلخيص الجامع الكبير ـ أن الكفيل لو جحد الكفالة فبرهن المدعي على الكفالة بأمر المديون ، وقضي على الكفيل فأدى ، فإنه يرجع . فقد جعل القضاء على الكفيل بأنه كفل بأمر المديون قضاء على المديون الغائب بأن الكفالة كانت بأمره ، مع أن ما يدعى على الحاضر ، وهو الكفيل من الكفالة ليس بسبب لايجاب رجوعه على المديون لا محالة ، بل قد وجب الرجوع ـ بان كانت الكفالة بالامر ـ وقد لا يوجبه ، فان الكفالة قد تنفك عن الأمر . وقد ذكر في رد المحتار هذا الفرع في جملة الفروع المفرعة على الضابط المذكور ، ولم يظهر لي وجه تفريعه فليحرر .

وهما مسألتا البيع والشفعة ، فإن المدعى فيهما عين ، وإقراره بالعين فيهما إقرار على الغائب فلا ينفذ . (رَ : معين الحكام ، الفصل الثالث من القسم الثالث في ذكر الدعاوى واقسامها) .

وذلك نظير ما لو صدقه بأنه وكيل فلان الغائب بقبض دينه منه ، حيث يؤمر بالدفع له . ولو صدقه بأنه وكيله بقبض العين الوديعة منه لا يؤمر بالدفع له لما ذكرنا (رَ : التنوير وشرحه ، من باب الوكالة بالخصومة والقبض) . اللهم إلا أن يقال في فرع الشفعة أن المدعى عليه يزعم بدعواه الشراء من الغائب أن يده يد ملك ، فينفذ عليه إقراره لمدعي الشفعة ويؤمر بالتسليم له .

تنبيه :

المراد من تقديم المانع في القاعدة المذكورة على المقتضي رعايته والعمل به دون المقتضي ، كما يظهر من تطبيق الفروع على القاعدة ، فهو على هذا مقدم في الرتبة والاعتبار لا في الزمن . إذ لا يظهر في شيء من الفروع المفرعة على القاعدة تقدم للمانع على المقتضي في الزمن ولا تأخر عنه ، بل لا يصح أن يلاحظ ذلك في شيء من فروع القاعدة كما يظهر للمتأمل ، حتى لو كان المانع والمقتضي يجري بينهما التقدم والتأخر في الزمن فهناك يعتبر المانع متأخرا في الزمن عن المقتضي لتتحقق حينئذ رعايته والعمل به ويحصل اعتباره وتقدمه الرتبي بدليل ما في جامع الفصولين : شهد اثنان أنه مات وهي امرأته ، وآخران أنه طلقها قبل موته ، يفتى بأولوية بينة الطلاق . وكذلك بينة الخلع أولى من بينة النكاح ولو ادعت الزوجة النكاح في الحال ، لأن الخلع يكون أبدا بعد النكاح . وكذا بينة الإبراء أولى من بينة أن له عليه كذا في الحال .

ولو ادعى دينا أو عينا فبرهن خصمه أنك أقررت أن لا دعوى ولا خصومة لي عليك ، تسمع وتدفع دعواه ، وان كان يحتمل انه يدعي عليه بسبب بعد اقراره ؛ لأن الأصل أن الموجب والمسقط إذا تعارضا يعتبر المسقط متأخرا ، إذ السقوط يكون بعد الوجوب ، سواء اتصل الحكم بالموجب أو لم يتصل . (رَ : محلات متفرقة من النصف الاخير من الفصل العاشر من جامع الفصولين) .

تنبيه آخر :

قد يتعارض المانع والمقتضي ولا يقدم احدهما على الآخر بل يعمل في كل منهما

بما يقتضيه . من ذلك المسألة التالية : رجل قال لامرأته : ان لم اطلقك اليوم ثلاثا فانت طالق ، ثم أراد أن لا يطلق امرأته ولا يصير حانثا . قالوا : الحيلة في هذا ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ـ وعليه الفتوى ـ أن يقول لامرأته في اليوم : انت طالق ثلاثا على ألف درهم ، فإذا قال لها ذلك تقول المرأة : لا أقبل ،فإذا قالت المرأة ذلك ومضى اليوم كان الزوج بارا في يمينه ولا يقع الطلاق ؛ لأنه طلقها في اليوم ثلاثا وإنما لم يقع الطلاق عليها لرد المرأة ، وهذا لا يخرج كلام الزوج من أن يكون تطليقاً . (رَ : حاشية الرملي على جامع الفصولين من الباب الرابع والثلاثين صفحة / 213 نقلا عن الخانية) .

فقد عمل في الفرع المذكور بكليهما : عمل بالمقتضي ، وهو اعتبار الزوج موقعا للطلاق الثلاث عليها على ألف فلذا لم يحنث في يمينه ، وعمل بالمانع من وقوع الثلاث ، وهو رد المرأة وعدم قبولها .

تنبيه آخر :

لا فرق في تقديم المانع على المقتضي بين أن يجيئا معا ، كأكثر الفروع المخرجة على القاعدة ، أو يطرأ المانع على المقتضي قبل حصول المقصود من المقتضي ، فإنه يقدم المانع كما لو شهد لامرأة أجنبية عنه ثم تزوجها قبل القضاء بشهادته ، أو شهد وليس بأجير ثم صار أجيراً ـ أي أجيراً خاصاً ـ قبل القضاء بشهادته بطلت شهادته في المسألتين (رَ: معين الحكام ، الفصل السابع من فصول مقدمة الفصل السابع ، في ذكر البينات ، ص / 108) .

* * *

القاعدة السادسة والاربعون (المادة/ 47)

« التابع تابع »

الشرح مع التطبيق

« التابع تابع » أي التابع لشيء في الوجود ، بأن كان جزءاً مما يضره التبعيض، كالجلد من الحيوان، أو كالجزء وذلك كالجنين وكالفصِّ للخاتم فلو أقر بخاتم دخل فصه (رَ: الدر المختار، كتاب الاقرار). أو كان وصفاً فيه، كالشجر والبناء القائمين في الأرض، أو كان من ضروراته، كالطريق للدار وكالعجول للبقرة الحلوب والمفتاح للقفل وكالجفن والحمائل للسيف. فلو أقر بسيف دخل جفنه وحمائله (رَ: الدر المختار أيضاً). . . . .

«تابع» له في الحكم، فيدخل الجنين في بيع الأم تبعاً وإن لم ينص عليه.

وإذا ضرب بطن امرأة فماتت ، ثم بعد موتها ألقت جنيناً ميتاً ، فعلى الضارب دية الأم ولا غُرَّة في الجنين ، فقد اعتبرت غرته داخلة في دية الأم ، لكونه تبعاً لها (رَ : أحكام الصغار ، آخر الجنايات) .

وكذلك الطريق في السكة غير النافذة الموصلة الى الطريق العام يدخل في بيع الأرض تبعا وان لم ينص عليه ، بخلاف الطريق اذا كان في ملك الغير فإنه لا يدخل بلا تنصيص عليه أو على الحقوق والمرافق .

وكذلك يدخل البناء ، وتدخل الاشجار التي غرست للقرار ، مثمرة كانت أو من غير ذوات الثمر ، صغيرة أو كبيرة . أما المثمرة فلا كلام في دخولها ، وأما التي لا

تثمر فقد نقل في رد المحتار (من فصل فيما يدخل في البيع تبعا وما لا يدخل) عن التتارخانية ، عن المحيط أن الأصح الدخول بلا تفصيل بين الصغيرة والكبيرة وذات الثمر وغير ذات الثمر . نعم نقل هناك في الدر وحاشيته ، عن الفتح ، استثناء اليابسة من الدخول تبعا ، وعلله بأنها على شرف القطع ، فهي كحطب موضوع فيها .
اهـ . والظاهر أن هذا حيث لا عرف هناك ، فلو كان هناك عرف يجب أن يتبع .

وأما الأشجار التي غرست لا للقرار بل لتقطع بعد كبرها ، كالحور ونحوه ، فقد وقع فيها اضطراب يعلم من مراجعة الدر المختار وحاشيته من المحل المذكور ، وأثبت ما نقل في شأنها ما نقل في رد المحتار هناك ، عن شرح الوهبانية ، عن الواقعات أن الأشجار إذا كانت تقطع في كل ثلاث سنين فلو كانت تقطع عن الأصل تدخل في البيع تبعاً ، ولو كانت تقطع من وجه الأرض(1) لأنها بمنزلة الثمرة. اهـ . ببعض توضيح .

وقوله في « الواقعات » : « إذا كانت تقطع في كل ثلاث سنين » مراده ـ فيما يظهر ـ أنها تقطع بعد استكمالها عامين ودخولها في الثالث ، بدليل ما في «الإسعاف» (من باب بيان ما يجوز وقفه وما لا يجوز وما يدخل تبعا وما لا يدخل) حيث قال : « وأما الأصول التي تبقى والشجر الذي لا يقطع إلا بعد عامين أو أكثر فإنها تدخل تبعاً» .

وينبغي أن يقيد إطلاقه في « الإسعاف » دخول الاشجار التي تقطع بعد عامين ـ في الوقف ـ بما يفيده كلام « الواقعات » من أن الدخول مخصوص بما يقطع من اصوله ، لا من سطح الارض .

وكما يدخل ما ذكر في البيع تبعاً تدخل زوائد الرهن ، كالولد والثمرة واللبن والصوف تكون رهنا تبعا للأصل .

وكذلك زوائد المبيع إذا حدثت قبل القبض تكون للمشتري .

وكذلك زوائد المغصوب تكون للمغصوب منه تبعا لماله .

تنبيه :

كما أن التابع يدخل في البيع يدخل أيضا في الشهادة والقضاء . لكن إذا كان دخوله في الشهادة والقضاء تبعا فإنما يعتبر دخوله وتبعيته ما دام مسكوتا عنه وغير

(1) ـ كذا بالأصل ، ولعله سقط كلمة (فلا) .

متنازع فيه ، أما إذا لم يكن مسكوتا عنه بل ادعى المدعى عليه عدم دخوله فإن الدعوى لا تسمع به والشهادة تقبل عليه .

يثبت ذلك ما جاء في جامع الفصولين من أنه لو ادعى رجل على آخر واقام شاهدين شهدا له بالأرض وسكتا عن البناء : دخل البناء تبعا ، ولكن تسمع دعوى المدعى عليه البناءَ ؛ إذ صار محكوما عليه بالبناء تبعا فصح دعواه مقصوداً .

وكذلك لو ادعى أرضا فيها أشجار فهي على هذا التفصيل .

وكذا لو ادعى بقرة مثلا فقضي له بها فدخل ولدها بالتبعية ، ثم ادعى المدعى عليه الولد : تسمع عند ابي يوسف ، خلافا لمحمد .

وكذا لو شهدا له بخاتم أو سيف ولم يذكرا فصاً أو حلية : يحكم بالخاتم وفصه وبالسيف وحليته للمدعي ، من غير أن يكون الفص والحلية مشهوداً بهما ، حتى لو برهن المدعى عليه أن الفص أو الحلية له تقبل قبل الحكم وبعده .

أما لو لم يدخل التابع بالتبعية، بل دخل قصداً، فإنه لا تسمع دعوى عدم دخوله. كما لو ادعى حانوتاً وأقام شاهدين شهدا له بكل الحانوت فحكم له به، فادعى المدعى عليه كل البناء أو بعضه: لا تسمع دعواه وإن لم يشهدا بالبناء مقصوداً؛ إذ الحانوت اسم للجملة، . . .(؟) المدعى عليه محكوما عليه في الكل مقصوداً؛ إذ الحانوت اسم للجملة، فصار المدعى عليه محكوماً عليه في الكل موضحا).

يقيّد أيضا في هذه القاعدة ما في جامع الفصولين من أنه لو باع جداراً دخل أرضه ، وكذا لو شرى نخلة دخل أرضها ، وحكى قبل هذا خلاف ابي يوسف في دخول الأرض في بيع الجدار ، وعزا الدخول لمحمد (رَ : الفصل 36 من جامع الفصولين ص /291) أقول : وهو موافق لعرفنا إذا كان بيعه للقرار لا للنقض وأخذ الأبنية .

تنبيه آخر :

ما يدخل في البيع تبعا ، إذا هلك (أي في يد البائع) لا يسقط بمقابلة شيء من الثمن ، ويخير المشتري بين أخذه بكل الثمن أو تركه (رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من فصل فيما يدخل في البيع تبعاً) .

وأما إذا استحق ، فإما أن يستحق بعد قبض المشتري للمبيع أو قبل قبضه

له ، فإن استحق قبل القبض ينظر ، فإما أن يكون يجوز بيعه وحده كالشجر وبردعة الحمار ، أو يكون لا يجوز بيعه وحده كالشِرب. فالأول : له حصة من الثمن فيرجع المشتري بحصته على البائع إذا استحق ، والثاني : ليس له حصة من الثمن فلا يرجع المشتري على البائع بشيء ولكن يخير بين أخذه بكل الثمن أو تركه على البائع (رَ : رد المحتار ، أواخر باب الاستحقاق).

* * *

القاعدة السابعة والأربعون (المادة/ 48)

« التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصودا »

أولاً) ـ الشرح

«التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصوداً»، فالجنين الذي في بطن أمه لا يباع منفردا عن امه ولا يرهن ، وكما لا يباع ولا يرهن لا يستثنى من البيع ولا من الرهن ؛ لأن ما لا يصح ايراد العقد عليه منفردا لا يصح استثناؤه من العقد ، ولو استثني فسد البيع لا الرهن . وكذلك لا يفرد بهبة ولا يستثنى عن الهبة ، ولو استثني صحت الهبة وبطل الاستثناء . وكذا لو استثني في الصدقة أو المهر أو النكاح أو بدل الخلع أو بدل الصلح عن دم العمد صحت وبطل الاستثناء (رَ : رد المحتار ، من البيع الفاسد ، عند قول المتن : « وأمة إلا حملها » منقولا عن الزيلعي) .

ومثل الجنين في الأحكام المذكورة : كل ما كان اتصاله خلقة ، كاللبن في الضرع ، واللؤلؤ في الصدف ، والصوف على ظهر الغنم ، والجلد على الحيوان ، والنوى في الثمر .

أما إذا صار التابع مقصوداً فإنه يفرد بالحكم ، وذلك كزوائد المغصوب المنفصلة المتولدة فإنها أمانة في يد الغاصب غير مضمونة عليه إلا بالتعدي عليها أو منعها بعد الطلب ، فإنه يضمنها حينئذ ، لأنها صارت مقصودة .

وكذلك زوائد الرهن المنفصلة المتولدة تكون رهناً تبعاً ولا يقابلها شيء من الدين ، فلو هلكت لا يسقط شيء من الدين ، ولكن اذا صارت مقصودة بالفكاك بأن بقيت بعد هلاك الأصل تفك بحِصَّتِها من الدين ، فيقسم الدين على قيمتها يوم الفكاك وقيمة الأصل يوم القبض ، ويسقط من الدين حصة الأجل ، وتفتك الزوائد بحصتها .

وكذلك زوائد المبيع المنفصلة المتولدة اذا حدثت قبل القبض تكون تبعاً للمبيع ولا يقابلها شيء من الثمن لو تلفت ، ولكن لو أتلفها البائع سقطت حصتها من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم الاستهلاك .

ثانياً) ـ الاستثناء

وقد خرج عن هذه القاعدة مسائل :

أ) ـ منها : أن الجنين يورث فتكون غرته بين ورثته .

ب) ـ ومنها : أنه يصح الايصاء به وله إذا ولد لأقل من أقل مدة الحمل وقت الوصية (رَ : ما كتب تحت المادة الرابعة ، عن أحكام الصغار) ويصح الإقرار له بالشرط المذكور إذا بيّن سبباً صالحاً لملك الحمل للمقر به ، كإرث أو وصية . ويصح الإقرار به بدون أمه أيضا بالشرط نفسه وإن لم يبين المقر سبباً صالحا.

والفرق بين الإقرار له والإقرار به حيث يشترط لصحة الأول أن يبين المقر سببا صالحاً دون الثاني فإن المقر له في الثاني أهل للتملك على الإطلاق بخلافه في الأول ، فإن الحمل ليس بأهل للتملك على الإطلاق ، وإذا بين سببا صالحاً يصح .

ج) ـ ومنها : ما لو ابطل المديون الأجل صح ويحل الدين ، مع ان الاجل صفة له ، والصفة تابعة للموصوف .

د) ـ ومنها : أن الدابة المبيعة اذا استحقت بالبينة ، وكانت قد ولدت في يد المشتري ، فإن ولدها يتبعها في الاستحقاق وإن لم يدّعه المستحق ، ولكن بشرط القضاء به . وهذا إذا سكت الشهود عنه ، أما إذا بينوا أنه لذي اليد ، أو سئلوا فقالوا : لا ندري ، فلا يتبعها (رَ : الدر ، من الاستحقاق) .

تنبيه :

أقل مدة الحمل للآدمي ستة أشهر ، ومدته للفيل أحد عشر شهراً ، وللإبل والخيل والحمير سنة ، وللبقر تسعة أشهر ، وللشاة خمسة أشهر ، وللسنور شهران ، وللكلب اربعون يوما ، وللطير واحد وعشرون يوما (رَ : القهستاني ، في الوصايا) ونقل في الدر المختار ، من الإقرار ، عن الجوهرة أن مدة الحمل في الشاة اربعة أشهر ، فليحرر ذلك .

* * *

القاعدة الثامنة والأربعون (المادة/ 49)

« من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته »

- الشرح -

من ملك شيئا ، أعم من كونه ملك عين أو تصرّف ، ملك ما هو من ضروراته .

فمثال العين ما لو اشترى داراً مثلاً ملك الطريق الموصل إليها بدون تنصيص عليه ما لم يكن في ملك خاص (رَ : ما تقدّم في المادة / 6 و47) وكذلك لو اشترى رحى مبنية دخل المجرى الأعلى ، أو قفلا دخل مفتاحه ، أو بقرة حلوبا لأجل اللبن دخل عجُّوْلُها.

ومثال التصرف ما جاء في جامع الفصولين : لو عرضه الدلال على رب الدكان وتركه عنده فهرب رب الدكان وذهب به لم يضمن الدلال في الصحيح ، لأنه أمر لا بد منه في البيع (رَ : الفصل الثالث والثلاثين منه ، صفحة / 141 برمز بعض الفتاوى) فقد ملك الدلال تركه عند رب الدكان ، لأنه من ضرورات البيع ولا بد منه فيه ، فكان مأمورا به ، بخلاف ما لو أخذ وكيل الشراء على سوم الشراء فهلك في يده ، وقد بين الثمن ، فإنه يضمن ولا يرجع على موكله إذا لم يكن أمره بالأخذ على سوم الشراء . إذ الأمر بالشراء لم يكن أمراً بالقبض على سوم الشراء (رَ : جامع الفصولين أيضاً ، صفحة / 142) .

* * *

القاعدة التاسعة والأربعون (المادة/ 50)

« إذا سقط الأصل سقط الفرع »

أولاً) ـ الشرح

إذا سقط الأصل سقط الفرع ، ولا عكس .

فلو أبرأ الدائن الأصيل عن الدين برىء الكفيل بالمال عن الكفالة . بخلاف ما إذا ابرأ الكفيل فإنه لا يبرأ الأصيل .

وكذا لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه له سقط ضمان الرهن وانقلب أمانة ، فإذا هلك في يد مرتهنه بلا حبسه يهلك أمانة ، بخلاف ما بعد إيفاء الدين فإنه مضمون . (رَ : جامع الفصولين ، صفحة / 80 ، الفصل / 30) وذلك لأنه بالإيفاء لم يسقط الدين ، لأن الديون تقضى بأمثالها .

ثانياً) ـ التطبيق

ينبغي أن يفرع على هذه المادة :

ما لو حلف ليقضين دينه غداً مثلا ، فأبرأه الدائن عن الدين قبل مضي الغد ، أو حلف ليشربن ماء هذا الكوز اليوم ، وكان فيه ماء فصب قبل مضي اليوم ، بطلت اليمين ، لكون بقائها فرعاً عن بقاء الدين وبقاء الماء .

خرج عن هذه القاعدة مسألة سقط فيها الأصل ولم يسقط الفرع ، وهي :

ما إذا كفل بنفس المديون فأبرأه الطالب عن الدين يسقط الدين وتبقى كفالة

النفس فيطالب الكفيل بإحضاره ، إلا إذا قال الطالب : لا حق لي قِبَلَه ـ أي المديون ـ ولا لموكل لي ولا لصغير أنا وليه أو وصيه ولا لوقف أنا متوليه ، فحينئذ يبرأ كفيل النفس .

يلزم البحث هنا عما إذا كان كفيل النفس قد كفل بنفس المديون وتسليمه للدائن لأجل هذا الدين فقط ، ثم أبرأ الدائن المديون أو أوفاه المديون الدين . والظاهر سقوط الكفالة حينئذ .

* * *

القاعدة الخمسون (المادة/ 51)
« الساقط لا يعود ، كما أن المعدوم لا يعود »

أولاً) ـ الشرح

الساقط من الحقوق القابلة للسقوط لا يعود ، معناه أن ما يقبل السقوط من الحقوق ، اذا سقط منه شيء بمسقط فإنه لا يعود بعد سقوطه ، وكما أن المعدوم لا يعود ، والساقط أصبح معدوما بعد سقوطه فلا يعود .

فقولنا : « القابلة للسقوط » صفة كاشفة وليست قيداً للاحتراز عن الحقوق غير القابلة للسقوط ، كحق فسخ العقد الفاسد ، وحق الرجوع في الهبة ، وحق الاستحقاق في الوقف . وكذا حق الوكيل في القيام بما وكل به ، وحق المستعير في الانتفاع بالعارية ، وحق الإدخال والإخراج في الوقف لمن شرط له من واقف أو غيره ، كما بحثه ابن نجيم في هذه الثلاثة الأخيرة ، وحق خيار الرؤية على ما سيأتي ، وحق تحليف اليمين المتوجهة على أحد المتداعيين (رَ : تنوير الابصار، قبيل التحالف) فإنها لا تسقط حتى يتعرف عودها من عدمه .

ثانياً) ـ التطبيق

مما فرع على هذه القاعدة المذكورة :

ما لو كان الثمن غير مؤجل وسلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن ، فإنه يسقط حقه في حبس المبيع ، وليس له استرداده بعد ذلك وحبسه ليستوفي الثمن . وكذلك لو قبضه المشتري والحالة هذه بمرأى من البائع ولم ينهه ، والبيع بات ، فإنه يسقط حقه في الحبس للمبيع . أما لو كان البيع وفاء فلا يسقط حق

الحبس قياساً واستحسانا ، وله أن يسترده ليحبسه بالثمن (رَ : البدائع ،/ 124) .

وكذلك الأجير إذا كان له حق حبس العين ، بأن كان لعمله أثر فيها (والأثر ما كان عيناً قائمة) كالخياط والصباغ إذا سلمها حقيقة أو سلمها حكماً بأن عمل في بيت استأجره سقط حقه في الحبس .

وكذلك حق المرتهن في حبسه الرهن فإنه إذا أسقطه يسقط .

وكذلك من له خيار الرؤ ية إذا تصرف في المبيع تصرفا يوجب حقاً للغير ، كالإجارة والبيع بدون رضاء له ، وكالهبة والرهن مع التسليم ، فإن خياره يسقط وإن كان ذلك قبل الرؤ ية عند أبي يوسف وهو الأصح .

وكذلك لو كان أرضا بيعت بخيار فأذن للأكار بزرعها ـ ولو بطريق العارية ـ فزرعها سقط خياره .

وأما ما لا يوجب حقا للغير ، كهبة ورهن بلا تسليم ، وبيع واجارة بخيار له وعرض المبيع للبيع وإعارته وطلب الشفعة به فإنه يسقط الخيار بعد الرؤ ية لا قبلها ، كقبضه ونقد الثمن .

ومنه ما لو أبرأ مديونه عن الدين فقبل أو سكت ولم يردّ سقط الدين ولا تسمع دعواه به وإن أقر به المديون بعد ذلك . نعم لو ادعى المديون الإبراء وأنكره الدائن وقال : إنك أقررت بالدين بعد التاريخ الذي ادعيت الإبراء فيه تسمع دعواه إقرارَ المديون .

وكذلك من كان له حق في المرور أو التسييل في ملك الغير فأسقطه صريحا أو أذن لمالك الرقبة أن يبني في الممر أو المسيل فإنه يسقط حقه . بخلاف ما إذا كان مالكا لرقبة الممر أو المسيل وأسقط حقه عنه فإنه لا يسقط .

ومنه ما لوردت شهادته لعلة غير العمى والصغر والكفر والرق ، ثم زالت العلة فأعادها لا تسمع .

ومنه الموصى له بالمنفعة إذا أسقط حقه منها سقط .

ومنه من له حق الشفعة أو خيار الشرط أو العيب أو حق القصاص إذا أسقطه سقط .

ومتى سقط شيء من جميع ذلك لا يعود .

ومنه فرع الشراء بالدين المؤجل الآتي في مستثنيات المادة التالية لهذه .

تنبيه :

لم أر من ذكر ضابطاً جامعاً لما يسقط من الحقوق بإسقاط صاحبه له وما لا يسقط . وبعد إعمال الفكر وإجالة النظر في الفروع السابقة ظهر لي من خلالها ضابط يغلب على الظن صدقه وصحته وهو :

« أن كل ما كان حقا[1] صاحبه عامل فيه لنفسه ، وكان قائما حين الإسقاط خالصاً للمسقط أو غالبا ، ولم يترتب على إسقاطه تغيير وضع شرعي ، وليس متعلقا بتملك عين على وجه متأكد ، يسقط بالاسقاط . وما لا فلا»

فقولنا : « حقا » خرج به ملك العين ، فإنه لا يسقط . ولذا لو أسقط الوارث حقه من الإرث ، أو أسقط المستحق في الوقف حقه من بعد حصول الغلة في يد المتولي لا يسقط.

وقولنا : « صاحبه عامل فيه » خرج به نحو حق النظر على الوقف ، والوظيفة فيه ، وتصرف الوكيل فيما وكل به ، وتصرف المأذون . فإن أصحاب هذه الحقوق عاملون لغيرهم فيها ، فلا تسقط بالإسقاط .

ومما لا يسقط بالإسقاط حق الرجعة ، (رَ : الدرر ، قبيل باب تفويض الطلاق ، عند قول المتن طلقها رجعيا فجعله قبل الرجعة بائناً) . ومثله يقال في الإدخال والإخراج في الوقف لمن شرط له .

وقولنا : « قائما حين الإسقاط » خرج به خيار الرؤية فإنه لا يسقط بالإسقاط لأنه غير قائم للحال ، لأنه يثبت بعد الرؤية لا قبلها ، فإذا أسقطه قبلها لا يسقط بالقول بل بالفعل عند أبي يوسف كما تقدم .

وكذا حق الشفعة قبل البيع ، فلو أسقطه الشفيع قبله لا يسقط ، لأنه إنما يثبت بعد البيع .

(1) ـ ينبغي بهذا القيد إخراج حق الولي في اجازة عقد الصغير ، وحق الوكيل بالبيع في المطالبة بالثمن ، لأنها عاملان لغيرهما . ويمكن اخراجهما ايضا بقيد (خالص للمسقط) . وايضا الوكالات التي لا يجوز للوكيل عزل فيها كالوكيل ببيع الرهن.

وخرج به الاستحقاق في الوقف قبل بدو الغلة فإنه لا يسقط ، لأنه ليس قائما للحال لأن حق المستحق يتعلق بالغلّة عند ظهورها لا قبله.

وخرج به حق انتفاع المستعير بالعارية فإنه لا يسقط ، لأن المنفعة ليست قائمة بل تحدث شيئا فشيئا على ملك المستعير كما في الإجارة . ومثله حق الزوجة في القسم ، وحق الحاضنة في الحضانة ، فإنهما لا يسقطان بالإسقاط ، لأنهما يتحددان آناً فآناً .

وقولنا : « خالصاً للمسقط أو غالبا » خرج به ما كان حقا لغير المسقط ، خالصاً فيه أو غالباً أو مساوياً . فالأول : كحق تحليف الخصم اليمين : لأن التحليف حق الحاكم . والثاني : كحق القذف ، فإن حق الله تعالى غالب فيه . والثالث كحق المضارب في بيع مال المضاربة بعدما صار عروضا ، فإن حقه ليس بغالب بل يساويه فيه حق رب المال أو يغلب ، إذ رأس المال عائد إليه وله شركة في الربح ، والمضارب إنما استفاد التصرف من جهته .

وخرج به أيضا حق الفسخ في العقود الفاسدة ، فإنه حق خالص له سبحانه أو غالب ، حتى لو أصر عليه المتعاقدان وعلم به القاضي فسخه . قال الكاساني: « إن حق الفسخ في البيع الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط لأن وجوب الفسخ فيه ثبت حقا لله تعالى دفعاً للفساد ، وما ثبت حقا لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً كخيار الرؤ ية ، لكن قد يسقط بطريق الضرورة بأن يتصرف العبد في حق نفسه مقصوداً فيتضمن ذلك سقوط حق الله عز وجل ، وذلك كما إذا باع الإنسان ما اشتراه فاسداً أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ (رَ : البدائع 5 / 301 و 297) .

وخرج به أيضاً نحو حق رب السلم في لزوم التسليم في المكان المعين في عقد السلم ، وحق المسلم إليه في قبض الثمن في مجلس السلم ، فإنهما لا يسقطان ، لأنهما حق الشرع إذ بدونهما يفسد العقد .

وخرج به أيضاً حق خيار الرؤ ية بعد الرؤ ية فإنه لا يسقط بقوله أسقطت خياري لأنه حق الشرع ، إلا إذا قال : أجزت العقد ، أو رضيت . (رَ : البدائع5 / 297).

وخرج بقولنا : « ولم يترتب على إسقاطه تغيير وضع شرعي » ما سيأتي تحت

القاعدة المكملة المائة من أنه لو اشترى العين المأجورة أو المرهونة بدون إذن المستأجر أو المرتهن، وكان يعلم حين الشراء بالإجارة أو بالرهن أو لا يعلم، فإن له الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر انتهاء مدة الإجارة أو فكاك الرهن. وإذا أسقط حقه في هذا الخيار ولو بصريح الإسقاط لا يسقط. وذلك لأن تصحيح هذا الإسقاط يترتب عليه تصحيح أمر مغاير للأوضاع الشرعية، لأنه عبارة عن التزام المشتري تأجيل المبيع الى انتهاء مدة الإجارة في المأجور، أو إلى فكاك الرهن في المرهن، وتأجيل الأعيان باطل.

وكذا خرج به حق الوكيل بالبيع في المطالبة بالثمن، فإنه لا يسقط بالإسقاط فيما يظهر، لأن الموكل لا يملك شرعاً هذه المطالبة، لكون الشرع جعل حقوق العقد عائدة أصالة للعاقد وإن لم يكن مالكا.

وخرج به أيضاً حق الزوجة، فإنها لو رضيت بالخروج من وطنها الذي نكحها فيه وسكنت معه في بلدة أخرى ثم امتنعت وأرادت العودة الى وطنها، فإنها لا تمنع من العود إليه فيما يظهر، لأن رضاها فيما مضى بإسقاط حقها لا يوجب سقوطه فيما يأتي.

وخرج به أيضاً الدرك، وهو حق رجوع المشتري بالثمن إذا ظهر المبيع مستحقاً. ففي «رد المحتار»: لو أبرأ المشتري البائع عن كل حق قبله دخلت العيوب لا الدرك (رَ: رد المحتار. / 67)

وخرج بقولنا: «وليس متعلقا بتملك عين..» الخ. مثل حق الرجوع في الهبة، وحق المستحق في الوقف بعد بدوّ الغلة قبل حصولها في يد المتولي، فإنهما لا يسقطان بالإسقاط. ولا يرد حق الغانم في الغنيمة قبل القسمة حيث إنه مثل الرجوع في الهبة متعلق بتملك عين مع انه يسقط بالإسقاط لأنه غير متأكد، فإن للإمام أن يقسمها بين الغانمين بل يقر أهلها عليها ويضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج.

ولا يرد أيضاً حق الموصى له بالمنفعة، حيث إنه مثل المستعير تحدث المنفعة الموصى له بها شيئاً فشيئاً مع أنه لو أسقط حقه منها يسقط، وذلك لأن الوصية واردة على خلاف القياس، حتى إن ابن ابي ليلى قال: إن الوصية بالمنفعة لا تصح أصلاً

لأنها تحدث على ملك الورثة لا على ملك المورث فلا يصح تمليكه لها .

ولا يقال إن العارية واردة أيضاً على خلاف القياس مع أنها لا تسقط بالإسقاط لأن الفرع إذا ورد على خلاف القياس لا يلزم أن يكون منطبقاً على غيره مما ورد على خلاف القياس ، وإلاّ وجب أن يتشكل قياس آخر ولا قائل به . على أنه قد يفرق بأن المملك في العارية حي تعتبر معه حدوث المنفعة على ملك المستعير آناً فآناً ، بمنزلة عاريات متجددة كما قالوا في المنفعة الحادثة على ملك المستأجر ، بخلافها في جانب الموصى له بعد وفاة الموصي .

تنبيه :

قد تقدم أن حق تحليف الخصم اليمين المتوجهة عليه لا يسقط بالاسقاط . وقد ذكر ذلك في متن التنوير ، قبيل التحالف ، وعلله الشارح نقلاً عن البزازية بأن التحليف للحاكم . وهذا إذا أسقطه قصداً ، أما لو صالح عنه أو افتداه بمال صح وسقط اليمين ، لأن المدعي أسقط خصومته بأخذ المال من المدعى عليه (رَ : الدر وحاشيته ، من المحل المذكور) . وإذا سقطت الخصومة سقطت اليمين ضرورة لأنها فرع توجه الدعوى .

هذا ، ولينظر ما لو أسقط المدعي حقه من طلب التحليف . ومقتضى تعليل البزازية لعدم السقوط هناك بقوله : « لأن التحليف للحاكم » أن يسقط هنا ، لأن طلب التحليف للمدعي .

تنبيه :

لو أسقط الأب أو الوصي شفعة الصغير تسقط عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد (رَ : أحكام الصغار ، كتاب الشفعة ، أوائله) .

فرع يلحق بهذه القاعدة .

« لو أشهد على مالك الجدار المائل فجن المالك بعد الإشهاد عليه أو باع الجدار ثم أفاق من جنونه ورد عليه بعيب ولو بدون قضاء أو بخيار رؤ ية أو بخيار شرط للمشتري ، ثم وقع الجدار لم يضمن إلاّ بإشهاد جديد بعد الإفاقة أو بعد

رده . (رَ : جامع الفصولين ، صفحة / 291 . من الفصل / 36) فسقط الإشهاد بجنونه وبخروج الجدار عن ملكه ثم لم يعد بافاقته وبعود الجدار إلى ملكه »[1] .

* * *

---

(1) وجد هذا الفرع في آخر هذه القاعدة من الأصل مع الاشارة إلى إلحاقه بالموطن المناسب من شرحها .

والذي ارى أن هذا التخريج والالحاق بهذه القاعدة غير صواب ، بل فيه نظر لأن هذه القاعدة موضوعها سقوط الحقوق ، فلا يقال سقط الاشهاد ، بل يقال بطل بطلاناً .

أما الساقط في هذا الفرع فهو حق المتضرر من هبوط الجدار في تضمين مالكه .

ويظهر لي أن سبب عدم عودة هذا الحق بمجرد الافاقة في حالة الجنون ، وبعودة الجدار إلى ملك صاحبه في حالة البيع هو أن الاشهاد شريطة لثبوت حق الضمان ، وبالجنون وبالخروج عن الملك بطل الاشهاد السابق ، وإن بطلان الشرط يمنع نشوء المشروط . فلا بدّ لنشوئه أن يتحقق الشرط من جديد ، لأن الاشهاد إذا بطل اصبح عدماً محضاً ، فلا ينقلب العدم وجودا بزوال ما اعدمه . ولذلك إذا بطل العقد لا يمكن أن يرجع صحيحاً بحال من الأحوال ولا يكتسب الوجود من جديد إلاّ بالتجديد ، وذلك بخلاف العقد الفاسد ، فانه قد ينقلب صحيحاً في بعض الأحوال دون تجديد ، لأن الفاسد منعقد قائم .

وبذلك يتضح أن هذا الفرع يخرج عن موضوع هذه القاعدة ، فليس هو من فروعها ولا من مستثنياتها ، بل هو من متعلقات البطلان لا السقوط ، لأن حق الضمان لم يسقط بعد الوجود لينظر في عودته أو عدمها ، بل هو لم يثبت من الأصل لعدم قيام شريطة ثبوته وهي الاشهاد الصحيح ، نظراً لأن الاشهاد السابق قد بطل بطلاناً واصبح كالعدم .

فهذا الفرع الفقهي هو بالقاعدة التالية المتعلقة بالبطلان ألصق ، وهي (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه) من حيث إنه لما بطل الاشهاد في الفرع المذكور لم يبق صالحاً لبناء الحكم الاصلي عليه ، وهو مسؤ ولية مالك الجدار بالضمان . فليتأمل والله أعلم

(وكتبه مصطفى بن المؤلف رحمه الله)

القاعدة الحادية والخمسون (المادة/ 52)
« إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه »

أولاً) ـ الشرح

إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه ، وبمعناه قولهم : إذا بطل المتضمِّن (بكسر الميم) بطل المتضمَّن (بفتحها) .

ثانياً) ـ التطبيق

مما فرع على هذه القاعدة :

أ) ـ ما لو أقر إنسان لآخر ، أو أبرأة ولو إبراء عاماً[1] ، وكان الإقرار أو الإبراء مترتباً على عقد كبيع أو صلح . ثم انتقض البيع أو الصلح بوجه ما ، بطل الاقرار والابراء . وذلك كما إذا اشترى شيئاً من آخر ، فإن شراءه منه يتضمن إقراره له بالملك ، أو شراه منه وأقر له بوجوب الثمن في ذمته ، ثم ظهر أن المبيع مستحق للغير ، ولم يجز المستحق البيع ، بطل البيع وبطل ما تضمنه أو ترتب عليه من

(1) أما إذا كان الابراء عاماً في ضمن الحادثة ، كما إذا اشترى منه مثلاً ثم ابرأه إبراء عاماً عن جميع الحقوق وكافة الدعاوى المتعلقة بعقد البيع ، ثم انتقض البيع بوجه ما ، فالأمر فيه ظاهر ، وهو بطلان الابراء المذكور من أصله لبطلان ما تضمنه .
وأما إذا كان الابراء عاماً في الحادثة وفي غيرها ، كما إذا أبرأه في الصورة المذكورة إبراء عاماً عن جميع وكافة الدعاوى المتعلقة بعقد أو بشيء غيره أي شيء كان ، ثم انتقض البيع بوجه ما ، فهل يبطل الابراء في خصوص الدعاوى المتعلقة بعقد البيع أو يبطل مطلقاً ؟ الظاهر الأول .
ولا يخفى أنه إذا كان الابراء غير مترتب ولا مبني على ما ظهر بطلانه ، بل كان مستقلاً وغير داخل تحته فإنه لا يبطل ببطلانه .

الاقرار بالملك أو بوجوب الثمن ، ورجع المشتري على البائع بالثمن إذا كان دفعه له ، ولا يمنعه إقراره من ذلك ، لأنه بطل ببطلان البيع الذي تضمنه .

وكما إذا صالح البائع المشتريَ عن دعوى العيب على مال دفعه له ثم برأ المبيع بدون معالجة المشتري بطل الصلح ورجع البائع على المشتري بما دفعه له . أو صالح المدعى عليه المنكر المدعي على مال دفعه له ، ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له عليه شيء[1] ، بطل الصلح ورجع المدعَى عليه على المدعي بما دفعه له من البدل . (ولا يمنعه من الرجوع ما تضمن عقد الصلح من اعتراف المدعى عليه بالمال المدعَى به ، لبطلانه ببطلان الصلح) كما يعلم جميع ذلك من الدر المختار وحاشيته (4 / 199 ـ200) من الاستحقاق وخيار العيب أو من كتاب الصلح.

ب) ـ ومما فرع عليها ما لو اشترى شيئاً ممن أكره على البيع ، وتصرف فيه المشتري تصرفاً يقبل النقض ، ثم زال الاكراه ، فالبائع له نقض تصرفات المشتري (رَ : الدرر ، والشرنبلالية ، من الاكراه) .

ج) ـ ومما فرع عليها : ما لو باع بيعاً فاسداً بغير الإكراه، ثم سلم البائع المبيع للمشتري وسلم المشتري الثمن للبائع لا ينعقد هذا بينهما بيعاً بالتعاطي .

وكذا لو اشترى ثوباً مثلاً شراء فاسداً ثم لقي البائع بعد فقال : قد بعتني ثوبك هذا بكذا ؟ فقال البائع : بلى فخذه ، فقال : قد أخذته . فهو فاسد ما لم يكونا تتاركا الأول (رَ : رد المحتار ، من بحث بيع التعاطي) وذلك لأنه في الصورتين مبني ومترتب على عقد فاسد . أما إذا كان فساده بالإكراه ثم سلمه بعد زواله نفذ البيع (رَ : الدرر) .

---

(1) قوله : « ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له عليه شيء » احتراز عما إذا اعترف بذلك قبل الصلح ، ثم صالح وقبض البدل ، فإن الصلح لا يبطل (رَ : التنوير وشرحه) وقد علله بأنه يحتمل أنه لم يكن له عليه ثم كان فصالح .

ولينظر ما لو انتفى الاحتمال المذكور كان صالح وقبض البدل في المجلس عقب إقراره بلا فاصل ، وكان بمرأى من شهود الاقرار ، أو أقرت الزوجة المبانة بعد أن ادعت فرار زوجها بالطلاق أن إبانة زوجها لها كانت في صحة ، أو أنها كانت بطلبها منه ، أو أنه مات بعد أن انقضت عدتها ثم صالحت الورثة عن إرثها وقبضت البدل ، كما هو حادثة الفتوى . ولا شك في بطلان الصلح والحالة هذه ، إذ لا احتمال في الصورتين لتجدد سبب يوجب ديناً حادثاً ، ولا لتجدد زوجية توجب إرثاً ، فيبطل الصلح ويسترد بدله .

د) ـ ومنه : ما لو قال لآخر : بعتك دمي بكذا ، فقتله ، وجب القصاص . وكذا لو اشترى من خصمه اليمين التي توجهت عليه بمـال ، لم يلـزم المال وكان للخصم أن يستحلفه . لأنه لما بطل العقد في الصورتين بطل ما في ضمنه من الاذن بالقتل وإسقاط اليمين بخلاف ما لو أمره بقتله ، أو صالحه عن طلب اليمـين على مال ، أو افتداه منه به ، حيث يسقط القصاص في الأولى واليمين في الثانية ويلزم فيها المال .

هـ) ـ ومنه ما لو استأجر الأرض ليترك الزرع قائماً عليها إلى أن يدرك ، فسد العقد ولم يطب له ما زاد الزرع ، لفساد الإذن بإبقائه فيها لفساد عقد الإجارة (ر: الدر المختار، من باب ما يدخل في البيع تبعاً) بخلاف ما لو استأجر الشجر لإبقاء الثمر كما سيأتي.

و) ـ ومنه : ما لو كان له على آخر دين مؤجل فاشترى منه به شيئاً فإن الأجل يسقط ، فاذا رده الدائن على البائع المديون بخيار عيب بحكم الحاكم انفسخ البيع وعاد الدين مؤجلاً كما كان (رَ : الدر المختار وحاشيته ، من أوائل الإقالة ، عند قول المتن : « هي فسخ في حق المتعاقدين ») .

والظاهر أن هذا فيما إذا قبض المشتري المبيع ، لأنه حينئذٍ يحتاج إلى القضاء ليكون فسخاً . ولو كان ذلك قبل القبض لا يحتاج إلى القضاء بل يستقل به المشتري ويكون فسخاً بدونه كما نصوا عليه في خيار العيب . والظاهر أنه حينئذٍ يعود الأجل أيضاً ، بخلاف ما إذا رده بعد القبض بالتراضي ، فإن الأجل لا يعود ، وبخلاف ما لو رده بالإقالة فانه لا يعود كما يأتي قريباً .

ز) ـ ومنه : ما لو كانت النفقة المتراكمـة على الـزوج غـير مستدانـة بأمـر القاضي ، فأبان الزوجة لا بقصد إسقاط النفقة بل بسبب آخر ، أو مات عنها ، فإن النفقة المتراكمة عليه تسقط عن ذمته ، كما نصوا عليه في النفقات ، لأنـه لما بطـل النكاح بطل ما ترتب عليه من النفقة (انظر : فرع النفقـة المرسـوم تحـت المادة / 100) .

ثم لا فرق في بطلان المتضمَّن (بفتح الميم) بين أن يكون متضمناً حقيقـة للباطل ، كمسألة بيع الإنسان دمه للآخر ومسألة شرائه اليمين من خصمه المارّتين ، وبين أن يكون مترتباً عليه ترتباً بأن أفرد بذكره معه وقرنه به ، كالإبراء والإقرار بعد

عقد فاسد وكتصرفات المشتري من المكره على البيع المارّات.

ثالثاً) ـ المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل كثيرة :

أ) ـ منها : ما لو صالح الشفيع عن شفعته أو اشتراها منه بمال لم يصح الصلح ولم يلزم المال وسقطت شفعته ، بخلاف ما لو صالحه عن دعوى الشفعة فإنه يصح ويلزم المال .

ب) ـ ومنها : ما لو صالح الزوج زوجته المخيرة على مال لتختاره ، ففعلت واختارت زوجها لم يصح الصلح ولم يلزم المال وسقط خيارها .

ج) ـ ومنها : ما لو جعل الكفيل بالنفس مالاً للمكفول به ليسقط عنه الكفالة ، فأسقطها ، سقطت ولم يلزم المال .

د) ـ ومنها : ما لو اشترى ثمراً غير مدرك ، ثم استأجر الأشجار ليبقى الثمر عليها إلى وقت الإدراك ، فالإجارة باطلة ، ولا يبطل ما في ضمنها من الإذن بإبقاء الثمر ، فإذا أبقاه فزاد طابت له الزيادة . (رَ : الدر المختار ، من باب ما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل) .

هـ) ـ ومنها : ما لو اشترى داراً وقبل أن يراها بيعت دار بجانبها فأخذها بالشفعة ، ثم رد الأولى بخيار الرؤية ، تبقى الثانية التي أخذها بالشفعة له (رَ : رد المحتار ، من خيار الرؤية) فقد بطل شراؤه الذي ترتب عليه الأخذ بالشفعة ولم يبطل الأخذ بها .

و) ـ ومنها : ما لو طلق إحدى زوجتيه طلاقاً مبهماً ، ثم ماتت إحداهما قبل البيان ، تتعين الأخرى الحية للطلاق . فلو قال : كنت عنيت المتوفاة بالطلاق لا يعتبر قوله ذلك ، ولكن يحرم بسببه الميراث (رَ : المبسوط6 / 123) فإن قوله : « كنت عنيت المتوفاة بالطلاق » لم يعمل عمله ، ولكن لم يبطل ما ترتب عليه من حرمان الإرث .

ز) ـ ومنها ما لو طلق زوجته غير المدخول بها ثنتين ، ثم قال : كنت طلقتها قبل ذلك واحدة ، لا يبطل عنه الثنتان ويلزم بالتي أقر بها ، ولا تحل له إلاّ من بعد

زوج آخر (رَ : الذخيرة ، في الفصل الثالث من كتاب الطلاق ، قبيل نوع في تغيير صفة الواقع) فقد بطل ها هنا المتضمن والإقرار بالطلقة السابقة ولم يبطل ما في ضمنه من الحرمة المغلظة .

ح) ـ ومنها ما لو كان له على آخر دين مؤجل ، فشرى به منه شيئاً ، فإن الأجل يسقط . فاذا تقايلا عقد البيع انفسخ البيع ولا يعود الأجل وصار دينه حالاً (رَ : الدر المختار وحاشيته ، في الإقالة ، عند قول المتن : « هي فسخ في حق المتعاقدين) فقد بطل المتضمن ، وهو عقد البيع ، ولم يبطل ماوقع في ضمنه وهو سقوط الأجل وحلول الدين[1] .

ط) ـ ومنها : ما لو أقر الوكيل بالخصومة على موكله في غير مجلس الحاكم ، فإن إقراره لا يعتبر ، ولكن ينعزل به عن الوكالة (ر : المادة / 1517) من المجلة . فقد بطل الإقرار ها هنا ولم يبطل ما تضمنه من أنه لا يحق له مخاصمة المدعي فيما يدعي على موكله .

ي) ـ ومنها : ما لو أقر متولي الوقف المدعي ملكية الموقوف ، فإن إقراره لا يسري على الوقف ، ولكن يخرج به عن الخصومة ، لما صرحوا به من أن من أقر بشيء لغيره فكما لا يملك أن يدعيه لنفسه لا يملك أن يدعيه لغيره .

ك) ـ ومنها : ما إذا باع سلعة وقبض ثمنها ثم سلمها للمشتري ثم وجد الثمن زيوفاً ـ أي مغشوشاً وغشه مغلوب ـ فإنه ليس له استرداد السلعة وحبسها بالثمن ، بل له رد الزيوف على المشتري ومطالبته بالجيد فقط (رَ : متن التنوير وشرحه ، آخر فصل ما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل) .

فقد ارتفع قبض البائع بردّ الزيوف ولم يبطل ما تضمنه من الإذن للمشتري بقبض المبيع ، بخلاف ما لو وجد الثمن ستوقة ـ أي رصاصاً ـ فإنه يسترد السلعة ويحبسها بالثمن ، لأنها ليست بدراهم أصلاً (رَ : الدر ، المحل المذكور) .

ل) ـ ومنها : ما لو باع عقاراً بيعاً فاسداً وسلمه للمشتري فبنى فيه أو غرس ، فإنه ينقطع حق الفسخ ولا يؤمر بنقض البناء أو قلع الغرس ، لأنه كان

---

(1) يلزم استظهار تعليل هذا الفرع بأن الإقالة لا تصح إلاّ بثمن حالٍّ قدره قدر الثمن الأول، لأنها فسخ في حق المتعاقدين ، والفسخ يقتضي رفع البيع السابق بجميع صفاته . ولما كان الثمن في البيع الأول حالاً فيبقى حالاً بعد الإقالة أيضاً.

بتسليط البائع (رَ : الدر المختار وحاشيته ، من البيع الفاسد ، عند قول المتن : « بنى أو غرس فيما اشتراه فاسداً ») . فقد فسد العقد ولم يبطل ما تضمنه من التسليط على البناء والغرس .

م) - ومنها : ما لو اشترى شيئاً وأعطى بثمنه للبائع رهناً ، ثم ظهر أن البيع باطل ، كما إذا كان البيع شاة مذبوحة مثلاً فظهر أنها ميتة ، فإنه لا يبطل الرهن ، بل يبقى على الصحة ويكون مضموناً على البائع ضمان الرهن ، فإذا هلك في يده يدفع للراهن قيمته إن كانت أقل من قدر الثمن ، ويدفع له قدر الثمن إن كانت قيمته مثله أو أكثر (رَ : الدر ، من باب ما يصح رهنه وما لا يصح) .

ن) - ومنها : ما لو دخل بالزوجة بعد نكاح فاسد قد سمى لها فيه مهراً ، فإنه يجب لها مهر المثل لا يتجاوز به المسمى . وما لو استوفى المنفعة في الإجارة الفاسدة فإنه يجب عليه أجر المثل لا يتجاوز به المسمى لو كان هناك مسمى ، لرضا الزوجة بالمسمى في الأول ، ورضا المؤجر به في الثاني (رَ : الدر المختار وحاشيته ، من كتاب النكاح ، وأوائل الإجارة الفاسدة) فقد فسد المتضمن ، وهو النكاح والإجارة، ولم يفسد المتضمن، وهو الرضا بالمسمى فيهما الذي تضمنه العقد [1].

---

(1) إن قيل : لم اعتبر المسمى بالنكاح والإجارة الفاسدين ، كما هو مرسوم أعلاه ، بحيث لم يتجاوز القدر المسمى ضمن العقد في إيجاب مهر المثل وأجر المثل ، ولم يعتبر الثمن المسمى في البيع الفاسد أصلاً ، بل أوجبوا على المشتري فاسداً قيمة المبيع بالغة ما بلغت إذا قبضه وهلك في يده أو استهلكه من غير أن يقيدوه بأن لا يتجاوز الثمن المسمى في العقد؟

فيمكن أن يجاب بأن المهر في النكاح والبدل في الإجارة لم يجبا بمقابلة بدل مالي متقوم قياساً حتى تعتبر قيمته بالغة ما بلغت ، فإن منفعة البضع التي هي حل الاستمتاع به ومنفعة العين المأجورة ليست مالاً متقوما، بل المنفعتان معدومتان حين العقد تحدثان بعده آناً فآناً، ومقابلة المعدوم ببدل باطل قياساً لاستحالته، وإنما جوز في النكاح والإجارة إظهاراً لخطر الفروج في الأول ولحاجة الناس في الثاني. فاعتبر المسمى. إذ المعقود عليه فيهما ليس مالاً متقوماً حتى تعتبر قيمته بالغة ما بلغت، بخلاف المبيع فاسداً فإنه مال متقوم قياساً فاعتبرت قيمته.

ثم بعد كتابتي لذلك رأيت في الدرر ، من باب المهر ، عند قول المتن : « ويجب في النكاح الفاسد بالوطء لا الخلوة مهر المثل ولا يزاد على المسمى » ما لفظه : أي ، إن زاد مهر مثلها على المسمى لم تعتبر الزيادة عليه ، لرضاها بما دونها . وإن كان أقل من المسمى وجب مهر المثل لعدم صحة التسمية . بخلاف البيع ، لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته . انتهى وعزاه الى الزيلعي . وهو بمعنى ما قلناه ولله الحمد !

س) ومنها : ما لو برهن أنه ابن عم الميت ، وذكر النسب ، فقبل أن يقضى له[1] برهن خصمه انه ابن عم فلان الآخر أو أن جد الميت فلان غير ما بينه المدعي، يقبل في حق المدعي لا في إثبات النسب من الآخر (رَ : معين الحكام ، من الفصل الأول ، من باب القضاء بالتناقض ، نقلاً عن الفتاوى الرشيدية وعن جامع الفتاوى ملخصا) فقد بطل المتضمن هنا ، وهو الشهادة بالنسب ، فلم يقض به ولكن لم يبطل المتضمن وهو دفع دعوى المدعي. وعلّل صاحب جامع الفصولين عدم القضاء بالنسب في هذا بأنه ليس بخصم في إثباته على الغير (رَ : جامع الفصولين ، آخر الفصل العاشر) . وانظر ما سيأتي من هذا النوع تحت الكلام على المادة / ٨١.

(تنبيه) في مفهوم القاعدة والمستثنى منه:

إن القاعدة المذكورة تفيد بمفهومها انه إذا صح المتضمن (بصيغة الفاعل) صح مضمونه، وهو بمفهومها كمنطوقها غير مطرد، بل قد يتخلف:

أ) ـ وذلك كما إذا تقايل المتبايعان البيع على أقل من الثمن المسمى في عقد البيع ، وعلى أن يكون الثمن الذي قبضه البائع من المشتري مؤجلاً عليه إلى وقت كذا ، صحت الإقالة على الثمن المسمى في عقد البيع في الأولى ، وبطل التأجيل في الثانية ولزم البائع كل الثمن حالاً (رَ : التنوير وشرحه ، من الإقالة).

ب) ـ وكذلك ما لو خلع زوجته على بدل هو مال متقوم ، فإن وقوع البينونة بينهما ولزوم البدل متوقف على قبولها ، فإذا أكرهها على القبول صح القبول منها ووقع البائن ، ولا يلزمها مال .

ج) ـ وكذلك لو خلعها على ما ليس بمال أصلاً ، كالدم والميتة ، أو على مال غير متقوم ،كالخمر والخنزير ، فقبلت ولو طائعة صح القبول ووقع البائن ، ولا يلزم المرأة شيء مما سمى (رَ : الدرر ، من باب الخلع) .

د) ـ ومثل ذلك ما لو خلع زوجته القاصرة على مال ، فقبلت ، وقع الطلاق البائن لوجود القبول الذي هو شرط ، ولكنها لا يلزمها المال لكونها ليست بأهل

(1) قوله: «فقبل ان يقضى له برهن. . .» الخ. ولو كان سبق القضاء له لا يقضى بشيء بالبينة الثانية. أفاده في معين الحكام من المحل المذكور أعلاه.

للالتزام كما هو مرسوم في المتون والشروح من الخلع .

هـ) ـ ومن ذلك أنه لو علق طلاق امرأته على قتله فلاناً ، فشهد رجل وامرأتان عليه أنه قتله ، يثبت عليه وقوع الطلاق ولا يثبت القصاص عليه ، إذ لا مدخل لشهادة النساء في القصاص . (رَ : الدر المختار وحاشيته ، من الشهادات ، موضحاً) .

فقد صح في هذه المسائل كلها المتضمن ولم يصح المضمون.

تنبيه آخر :

البطلان المفهوم من قول القاعدة : « إذا بطل الشيء » يجب أن يراد به بالنسبة إلى العقود الفساد ، فإنهم كثيراً ما يطلقون الباطل ويريدون به الفاسد ولا يريدون به حقيقة البطلان ، لأن العقد إذا كان باطلاً لا يبطل ما تضمنه ، لأن العقد الباطل وجوده والعدم سواء لعدم مشروعيته أصلاً ، فإذا كان متضمنا لأمر يكون ذلك الأمر كأنه وجد مستقلا غير متضمن في آخر فيعتبر ويراعى . بخلاف العقد الفاسد فإنه لمشروعية أصله ترتب عليه الأحكام ، فلا يمكن اعتباره كالعدم . فإذا تضمن أمراً سرى فساده الى ما في ضمنه (رَ : الدر المختار وحاشيته ، من باب ما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل . ومثله في جامع الفصولين ، الفصل / 32) .

أما غير العقود من التصرفات فليس فيه فاسد وباطل حتى تقع التفرقة وتختلف الأحكام .

ومما ذكرنا يظهر الفرق بين ما تخرج على القاعدة من العقود وبين ما خرج عنها. ولا يرد على ما ذكر من التفرقة بين الفاسد والباطل تخلف الفرعين المخرجين عن القاعدة، وهما : ما لو قال لآخر بعتك دمي بكذا، وفرع، شراء اليمين من خصمه بمال، فإن البيع فيهما باطل وقد بطل ما تضمناه من الإذن بالقتل وإسقاط اليمين.

وذلك لأن ما تضمنه البيع من الإذن بالقتل لا يعد شبهة تسقط القصاص ، لأن الإذن لا يفيد أكثر من البذل والإباحة ، وهي لا تصلح شبهة ، لأن الفعل بعدها مضاف الى الفاعل من كل وجه . بخلاف ما لو أمره بقتله فقتله فإن الأمر يعد شبهة ، لأن فعل المأمور بعده يعد والحالة هذه امتثالاً لأمره ومطاوعة له فيضاف للآمر ،

والإذن خالٍ عن ذلك . وحاصله أن وجوب القصاص لا لبطلان الإذن ببطلان البيع ، بل لعدم انتصاب الإذن شبهة تسقط القصاص .

ولأن بيع اليمين ليس متضمنا لإسقاطها من قبل المدعي ، بل لتمليكها للمشتري ، وهي لا تقبل التمليك والتملك بل تسقط بالإسقاط ضمناً ، ولم يوجد في ضمن البيع إسقاط . بخلاف الصلح عنها ببدل ، فإنه إسقاط لها لأنه بأخذ البدل أسقط خصومته فتسقط ضمنا (رَ : الدر وحاشيته ، قبيل التحالف) فالأولى عدم عده في مستثنيات القاعدة .

ولا يرد أيضا ما تقدم في مستثنيات هذه القاعدة (عن الدر وحاشيته ، من البيع الفاسد) من أنه لو سلم البائع العقار المبيع فاسداً لمشتريه ، فبنى أو غرس فيه ، فإنه ينقطع حق المالك في الفسخ ولا يؤمر بنقض البناء وقلع الغراس ، لأنه معلل بأنه كان بتسليط من البائع ، كما تقدم ، والتسليط إنما كان في ضمن الفعل وهو التسليم لا في ضمن العقد ، لأن العقد الفاسد لا يتضمن التسليط ، بل الذي يتضمن التسليط هو التسليم . فلا يقال إن العقد فيه فاسد لا باطل ولم يؤثر فساده في فساد التسليط الذي تضمنه العقد . ولا يقال أيضاً ان التسليم والتسليط إذا لم يكونا متضمنين للعقد الفاسد فهما مترتبان عليه والعقد الفاسد كما يفسد ما تضمنه يفسد ما ترتب عليه كما تقدم ، وذلك لأن العقد الفاسد لا يقتضي التسليم ، بل يقتضي عدمه قبل وجوده وإعدامه بعد وجوده بالفسخ والترادّ ، فلا يمكن اعتباره مترتباً عليه وهو يأباه .

وكذلك لا يرد ما سيأتي تحت الكلام على المادة / 57 « التبرع لا يتم إلا بالقبض» وهو ما لو وهب ما في بطن غنمه أو ضرعها ، أو سمناً في اللبن ، أو حلاً[1] في سمسم ، أو زيتاً في زيتون ، أو دقيقاً في حنطة ، لم يجز القبض وإن سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك . ولا يقال : إن عقد الهبة المذكور باطل وقد بطل ما ترتب عليه من التسليط على القبض ، وذلك لأن بطلان التسليط المذكور لا لبطلان عقد الهبة ، بل لعدم صلاحيته أن يعتبر هبة مستقلة مبتدأة ، إذِ الهبة لا تنعقد بالتسليط على القبض مجرداً كما هو ظاهر .

وكذلك لا يرد أيضاً ما نقل من أن التعاطي إنما يكون بيعاً إذا لم يكن مبنيا على عقد فاسد أو باطل . أما إذا كان فلا (رد المحتار في بحث بيع التعاطي ، نقلاً عن

---

(1) هو الشيرج .

البزازية . ونظيره في أواخر الفن الثالث من الاشباه عن الخلاصة) وذلك أن التعاطي ليس إلا قبضاً محضاً ليس معه ما يشعر باستئناف البيع ، وتقدم العقد الباطل عليه يرجح حجة كونه مراداً بناؤه وترتبه عليه وأنه أثر من آثاره ، فلم يعتبر بيعا مبتـدأً ، على أن البيع بالتعاطي بيع مستقل ، وليس متضمنـا للبيع السابـق ، إذ الشيء لا يتضمن مثله ، فليس مما نحن فيه .

تنبيه مهم :

المتضمَّن (بفتح الميم) للباطل إذا لم يفرد عنه بالذكر بل اكتفي بثبوتـه في ضمنه فلا كلام في بطلانه . أما إذا أفرد ذكره معه وقرن به فإنما يبطل إذا انتظمـه العقد ، بأن كان حكماً له . ولا يمنع بطلانه تنصيص أحد العاقدين عليه وقصـده بالذكر ، وذلك مثل إقرار المشتري للبائع بثبوت الثمن ديناً له في ذمته ، أو إبراؤه ذمة البائع عن استرداد الثمن الذي دفعه له بقوله : لا حق لي قبلـه بخصـوص الثمن ولا دعوى. فإذا بطل العقد بطل ما ذكر وإن كان نص عليه مستقلا، لأنه حكم من أحكامه على تقدير صحته فإن العقد الصحيح يوجب ثبوت الثمن دينـا للبائع في ذمة المشتري، ويوجب براءة البائع عن دعوى المشتري استرداد الثمن منه بعد دفعه له، فكان إفراده بالذكر لما حصل بنفس العقد، فلذا فسد بفساده. أما إذا لم ينتظمه العقد بأن لم يكن حكما من أحكامه بل كان خارجاً عنه إلا أنه ذكر معه وقرن به فإنه لا يبطل ببطلان العقد. فلو آجر متولي الوقف عقاراً من عقاراته إجارة فاسدة وأذن للمستأجر بتعميره وترميمه من ماله فعمر ورمم، فإنه يرجع بما أنفقه في غلة الوقف، ولا يبطل الاذن المذكور ببطلان الاجارة لأنهـا تنتظمـه، إذ ليس من حكم إجارة عقار الوقف تعمير المستأجر له وترميمه من ماله ليرجع، بل لا يملك ذلك المستأجر إلا بإذن خاص ممن له ولاية الإذن، وما وجود الإذن بالتعمير بعد الإجارة وقرنه بها إلا مثل إذن المتولي له بعدها بأن يعمر ويرمم له في دار نفسه ، أو مثل إقرار المشتري للبائع بعد عقد البيع الفاسد بدين آخر غير الثمن لا يفسـد بفسـاد عقـد الإجارة أو البيع .

وهذا كما لو رهن إنسان شيئا بدين مؤجل وسلط العدل على بيعه عند حلول الأجل إن لم يدفع الدين ، ثم لم يسلم الرهن وحل الأجل فالرهن باطل ، لأن صحته بالقبض ولم يوجد . لكن لو باع العدل الرهن فالبيع صحيح ، لأن التوكيل بالبيع لا تقف صحته على القبض . وكذلك لو رهن مشاعاً وسلطـه على بيعـه ،

فالرهن باطل للشيوع ، والوكالة بالبيع صحيحة . (رَ : البدائع / 135 -136 كتاب الرهن) .

يقطع الشك في ذلك ما جاء في التنقيح نقلاً عن الفتاوى الكبرى للصدر الشهيد حيث أفتى فيمن آجر عقار الوقف إجارة طويلة ، فأنفق المستأجر في عمارته بأمر المؤجر ، بأنه إن كان للمؤجر ولاية في الوقف فعلى المستأجر أجر المثل في المدة التي كانت في يده ، لا عبرة بما سمى . وفي هامش التنقيح ما لفظه : قوله « فعلى المستأجر أجر المثل » أي لأن الإجارة الطويلة الزائدة على سنة فاسدة[1] . (انتهى) ويرجع المستأجر بالذي أنفق في غلة الوقف . وإن لم يكن للمؤجر ولاية في الوقف ، فالمستأجر متطوع لا يرجع لا على المؤجر ولا على غلة الوقف ، لأنه لما لم يكن له ولاية كان وجود الأمر كعدمه ، ولو أنفق بدون أمر لا يرجع على أحد (انتهى ملخصاً) .

فقد اعتبر الإذن وجعله موجباً للرجوع مع أن الإجارة فاسدة ، وما ذلك إلا لكون الإذن بالإنفاق ليس خاصاً بالمستأجر ، ولكون إنفاق المستأجر على العقار ليس من مواجب العقد ولا حكماً من أحكامه ، فذكره والإذن به بعد العقد لا يجعله من متضمنات العقد فلا يفسد بفساده . ونقل في التنقيح ، من الإجارة ، عن أوائل إجارة « الخيرية » ما يوافق ذلك . وعلى هذا فما وجد في التنقيح في عدة محلات من الوقف والإجارة مصرحاً فيها بفساد الإذن لفساد الإجارة مستنداً في ذلك تارة لإطلاق قولهم : « إذا بطل المتضمِّن بطل المتضمَّن » وتارة لقولهم :«إذا آجر الموقوف عليه ولم يكن متولياً وأذن للمستأجر بالعمارة فأنفق كان متطوعاً » . فما كان فيه فساد الإذن لعدم أهلية الآذن وعدم ولاية الإذن لا يعول عليه ، بل هو سهو ظاهر . وقد أفتى في الحامدية ، في الإجارة ، باعتبار إذن المتولي للمستأجر منه إجارة فاسدة بتعمير ما تحتاج إليه العقارات من ماله ، ليكون ما صرفه مرصداً له على رقبة المأجور ، وبأن للمتولي محاسبته بتمام أجر المثل ومساقطته به من المبلغ الذي صرفه بعد ثبوت المرصد .

ثم استشكل في التنقيح بأن الإجارة فاسدة فيفسد ما في ضمنها من الإذن بالعمارة . ونقل عن جد المؤلف أن الإذن بالغراس باطل إذا فسدت الإجارة ، وعلله بأن الشيء إذا بطل بطل ما في ضمنه ثم قال : لكن في أوائل إجارات الفتاوى

(1) التنقيح ، من الوقف ، الباب الثالث ، قبيل آخر الباب بنحو نصف كراسة .

الخيرية ما يخالفه ، مع أنه لا إشكال أصلاً ، وما في الخيرية هو الموافق للمنقول ، بل هو المعقول .

ومما يثبت ذلك أيضاً الفرع الأخير من الفروع التي خرجت عن القاعدة ، فإن عقد الرهن ليس من مواجب عقد البيع ولا حكماً له ، بل عقد آخر اقترن به ، فلذا لم يبطل ببطلانه ، وإنما صح الرهن مع أنه تبين أن لا دين ، لأن الرهن يصح بالدين الموهوم كما هنا .

خاتمة :

الشيء إذا ثبت ضمناً لشيء آخر فإنما يثبت بشروط المتضمن له لا بشروط نفسه ، كما لو قال لامرأة : زوجيني نفسك كان توكيداً ـ على أحد القولين ـ لكنه يقتصر على المجلس ، لأن المتضمَّن (بفتح الميم) لا تعتبر شروطه بل شروط المتضمِّن (بالكسر) ، والأمر طلب للنكاح فتشترط فيه شروط النكاح من اتحاد المجلس في ركنيه ، لا شروط ما في ضمنه من الوكالة ، حتى لو ثبت عقد البيع ضمناً ، كما في أعتق عبدك عني بكذا لم يشترط فيه الإيجاب والقبول ، ولا يثبت فيه خيار الرؤية والعيب ، ولا يشترط كونه مقدور التسليم (رَ : رد المحتار ، أوائل كتاب النكاح ، عن « المنح » ، عند قول المتن : وينعقد بما وضع أحدهما له والآخر للاستقبال كما في زوجيني) .

ونظير ذلك ما جاء في الدرر ، من باب ثبوت النسب ، من أن ما ثبت تبعاً لا تراعى فيه شرائط الأصل ، وذلك كما لو أقر رجلان من الورثة ، أو رجل وامرأتان ، بابن للميت ثبت النسب في حق غيرهم ولا تشترط له شروط الشهادة[1].

* * *

---

(1) ـ ولا مانع من كتابة هذا بصورة « تنبيه » تحت القاعدة / 48.(يكتب هنا أيضاً فرع ثبوت نَسَب الولد بشهادة القابلة ، فإنه يثبت استحقاق الإرث تبعاً له ، كما في جواهر الروايات ، أواخر الصحيفة السادسة ، نقلاً عن الشلبي) .

القاعدة الثانية والخمسون (المادة / 53)

« إذا بطل الأصل يصار إلى البدل »

أولاً) ـ الشرح

« إذا بطل الأصل » بأن صار متعذراً « يصار إلى البدل » . أما ما دام الأصل ممكناً فلا يصار إلى البدل ، فيجب رد عين المغصوب إذا كان قائماً في يد الغاصب ، لأنه تسليم عين الواجب ، وهو الأصل على الراجح ، لأنه رد صورة ومعنى وتسليم البدل رد معنى فقط ، وهو مخلص وخلف عن الواجب ، والخلف لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل .

أما إذا تعذر رد الأصل ، وهو رد عين المغصوب بأن كان هالكاً أو مستهلكاً ، فيجب حينئذ رد بدله من مِثل أو قيمة (رَ : المادة / 891 من المجلة) .

وكذا لو عقد الإجارة على شهر ، فإن وقع العقد في ابتداء الشهر اعتبر الهلال ، إذ هو الأصل ، وإن في أثنائه تعذر اعتبار الأصل وهو الهلال ، فيصار إلى البدل وهو الأيام .

وكذا لو باع بالوكالة عن المالك ، وكان للمشتري دين على الموكل ودين على الوكيل ، تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل . فإذا لم يكن له دين على الموكل بل كان دينه على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ، ويضمن الوكيل للموكل ، لأنه قضى دينه بماله (رَ : رد المحتار ، من الوكالة ، قبيل باب الوكالة بالبيع والشراء ، نقلاً عن العيني) .

ثانياً) ـ التطبيق

ومما يتفرع على هذه المادة أيضاً ما قدمناه تحت القاعدة الثانية : « العبـرة في

العقود للمقاصد والمعاني » من أن الغاصب إذا أعطى للمغصوب منه رهناً بعين المغصوب ، ثم تلفت العين المغصوبة في يد الغاصب ، فإن الرهن يكون حينئذ رهناً ببدلها من مثل أو قيمة .

وأن المسلَم إليه لو أعطى لرب السلم رهناً بعين المسلم فيه ثم انفسخ عقد السلم بوجه ما ، فإن الرهن يصير رهناً برأس مال السلم الذي قبضه المسلم إليه .

وكذا يجب تسليم عين بدل الإجارة إذا كان عرضاً ، فإذا هلك العرض قبل تسليمه يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ (كما في الفصل / 20 / من جامع الفصولين ، صفحة / 52).

ومما يتفرع عليها أيضاً ما كتب تحت المادة / 76 / ، عن « معين الحكام » من الباب السابع والثلاثين ، من القضاء بدعوى الوقف والشهادة عليه ، من أنه لو ادعى داراً فقال ذو اليد : إنه وقف على الفقراء وأنا متولٍ عليه ، صح إقراره ويكون وقفاً . فلو أراد المدعي تحليفه ليأخذ الدار لو نكل لا يحلَف اتفاقاً ، ولو أراد تحليفه ليأخذ القيمة فعلى قياس قول محمد يحلفه وإن نكل يأخذ منه القيمة ، ويفتى بقول محمد .

وعلى هذا لو أقر بالدار لابنه الصغير (أي إنه يستحلف لأخذ قيمتها منه) .

وكذلك لو ادعى على الورثة عيناً كان وقفها مورثهم في صحته فأقروا له ضمنوا قيمة العين من التركة ، ولا يبطل الوقف بإقرارهم . ولو أنكروا فله تحليفهم لأخذ الوقف ، فلا يمين له عليهم . انتهى ملخصاً .

فإن هذه المسائل صير فيها إلى البدل عند عدم إمكان الأصل .

ومما يتفرع عليها أيضاً : ما لو كان رأس مال السلم قيمياً ، كالحيوان فقبضه المسلم إليه فهلك في يده ثم تقايلا ، أو تقايلا ثم هلك ، صحت الإقالة ، وعليه قيمته لرب السلم ، (كما أفاده في الدرر ، من أواخر السلم) .

* * *

القاعدة الثالثة والخمسون (المادة / 54)
« يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع »

أولاً) ـ الشرح

« يغتفر » أي يتسامح ويتساهل « في التابع » أي ما اشتمل عليه غيره ، سواء كان من حقوق المتبوع المشتمل أو لوازمه أو عقداً أو فسخاً متضمَّنا له (بفتح الميم) أو من حقوق عقد متعلق به ، كما يتضح ذلك من الفروع الآتية على طريق النشر المرتب « ما لا يغتفر في المتبوع » أي يغتفر في التابع ما دام تابعاً ما لا يغتفر فيه إذا صار متبوعاً ، أي أصلاً ومقصوداً .

ويقرب من هذا قولهم في القاعدة / 48 : « التابع لا يفرد بالحكم » . وقد تقدم الكلام عليها .

ثانياً) ـ التطبيق

مما يتفرع على هذه القاعدة : ما لو باع عقاراً يدخل غير ما كان في ملك خاص . أما ما كان في ملك خاص فلا بد من التنصيص عليه بخصوصه ، أو على الحقوق والمرافق ، كما تقدم في شرح المادة / 47 من الحقوق والمرافق تبعاً . ولو أورد العقد عليها قصداً لا يصح .

ومنه : ما لو وقف العقار ببقره وأكَرته يصح . ويغتفر دخول البقر والأكّارين تبعاً ، لأنهما من حوائج المتبوع ولوازمه ، وعليه الفتوى . (رَ : الدر المختار) . ولو أراد الوقف عليها منفردة لا يصح إلا عند محمد رحمه الله تعالى إذا كان فيها تعامل .

ومنه : ما لو أعتق أحد الشريكين حصته من العبد المشترك ، ثم اشترى

حصة شريكه الساكت ، فإنه لا يصح ولا يملك الساكت نقل ملكه إلى أحد . ولكن إذا أدى المعتق الضمان لشريكه الساكت ملكه واغتفر التمليك والتملك لأنه وجد ضمناً وتبعاً .

ومنه : ما لو زوجه فضولي امرأة ، ثم أراد الفضولي فسخ النكاح فإنه لا ينفسخ . ولكن لو وكل الرجل الفضولي أن يزوجه امرأة فزوجه إيّاها أو أختها انفسخ العقد الأول ضمناً .

ومنه : ما لو وكل المشتري البائع في قبض المبيع فقبضه لا يصح قبضه عنه ، لأن الواحد لا يصلح مسلّماً ومتسلّماً ، حتى لو هلك في يده ، والحالة هذه ، يهلك عليه لا على المشتري . أما لو أعطى للبائع جوالقاً ليكيل ويضع فيه الطعام المبيع فقبل صح التوكيل في ضمن الأمر بالكيل والوضع في الجوالق تبعاً ، وكان ذلك قبضاً من المشتري .

ومن حقوق العقد المتعلق بالمتبوع أيضاً الوكيل بقبض المبيع إذا رآه فأسقط خيار رؤية موكله قبل أن يقبضه أو بعدما قبضه لا يسقط . ولكن لو قبضه وهو يراه سقط خيار موكله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تبعاً لصحة القبض ، خلافاً لهما .

* * *

القاعدة الرابعة والخمسون (المادة / 55)

« يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء »

أولاً) ـ الشرح

« يغتفر » أي قد يتسامح ويتساهل « في البقاء » أي في خلال الأمر وأثناءه « ما لا يغتفر في الابتداء » .

وذلك لأن البقاء أسهل من الابتداء ، كما هو نص المادة الآتية .

ولذلك كان الاستصحاب يكفي حجة للدفع لا للاستحقاق ، لأن الدفع : عبارة عن استبقاء وتقرير ما كان على ما كان عليه . والاستحقاق : نزع وابتداء . ورفع الأول أسهل ، فاكتفي فيه بالاستصحاب حجة ، بخلاف الثاني ، فإنه أهم فلا بدّ فيه من البينة . فقد قال أبو يوسف رحمة الله تعالى عليه في كتاب الخراج : « لا ينزع شيء من يد أحد إلاّ بحق ثابت معروف » .

ثانياً) ـ التطبيق

مما فرع على هذه القاعدة : ما لو وهب حصة شائعة قابلة للقسمة فإنه لا يصح . ولكن إذا وهب عيناً بتمامها ثم استحق جزء شائع منها ، أو رجع الواهب في جزء منها شائع لا تفسد الهبة في الباقي وإن كان شائعاً يقبل القسمة .

ومنه : ما لو آجر مشاعاً فإنه لا يصح ، سواء كان يقبل القسمة أو لا . ولكن لو طرأ الشيوع بعد العقد بأن آجر عقاراً بتمامه ثم استحق جزء منه شائع ، أو تفاسخ العاقدان الإجارة في بعض شائع منه ، تبقى الإجارة في الباقي وإن كان شائعاً .

ومنه : أن الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل بدون إذن موكله أو تفويضه . ولكن إذا باع فضولي عنه فبلغه فأجاز جاز مع أن الإجارة اللاحقة كالوكالة السابقة . ولا يرد الوكيل بالشراء حيث لا تصح إجازته لشراء الفضولي ، لأن الشراء لا يتوقف ، فإنه إذا لم يجد نفاذاً على المعقود له نفذ على العاقد ، وبعد نفاذه على العاقد ، وهو

هنا الفضولي ، ملكه فلا ينتقل ملكه بإجازة الوكيل .

ومنه : ما لو اعترفت المرأة بالعدة ، فإنها تمنع عن التزوج . أما لو تزوجت ثم ادعت العدة فإنها لا يلتفت إليها ، ويكون القول قول الزوج .

ومنه : ما في البدائع من أنه لو طرأت العدة على المرأة بعد النكاح ، كما لو وطئت بشبهة لا يبطل نكاحها . بخلاف ما لو عقد عليها وهي معتدة فإن النكاح لا يصح .

وكذلك ما لو أبق العبد بعد البيع ، فإن البيع لا يفسد . بخلاف ما لو باعه وهو آبق فإن العقد حينئذٍ غير صحيح . انتهى موضحاً .

ومنه : ما لو شرى داراً بخيار له ، فدام على السكنى فيها لا يبطل خياره . ولو ابتدأ السكنى فيها بطل خياره . (ر : معين الحكام ، من الرابع والأربعين) .

ومما يتفرع عليها أيضاً : أن البيع بالحصة ابتداء لا يصح . أما بعد تمام العقد فإنه يصح .

ومنه : أنه لو عقد البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول جهالة يسيرة ، كالحصاد والدياس لا يصح. ولو عقد خالياً عن الأجل ثم أجّله بعد العقد إلى الحصاد أو الدياس يصح.

ومنه : أن الزوجة لا تملك حط المهر عن الزوج في ابتداء العقد . فلو عقدت معه النكاح على أن لا مهر لها لم يصح الحط ووجب مهر المثل . ولو حطّت المهر عن الزوج بعد العقد صح حطها وبرىء الزوج عن المهر (ر : الدرر ، باب المهر) .

ومنه : ما لو عقد المتبايعان البيع ابتداء بلا ثمن فسد البيع ، ولو تعاقدا بثمن ثم حط البائع عن المشتري صح حطه ولا يفسد البيع (ر : الدرر وحاشيته ، باب التصرف بالمبيع والثمن) .

(تنبيه) :

إنما أتينا بلفظ « قد » في تفسير لفظة « يغتفر » إشارة إلى أن هذه القاعدة ليست مطردة عامة ، بل قد تتخلف كما في الرهن ، فإنه يفسده الشيوع الطارىء كالمقارن ، فلم يغتفروا فيه في البقاء كما اغتفروا في الهبة والإجارة.

(تنبيه آخر) :

مشى صدر الشريعة وابن كمال على أن الشيوع بالاستحقاق شيوع طارىء ، ونقله القهستاني أيضاً عن النهاية وغيرها ، وعليه مثال المادة المذكورة .

ومشى في جامع الفصولين والخانية وغيرهما على أنه شيوع مقارن يفسد الهبة . فالظاهر أن في المسألة روايتين .

ثالثاً) ـ المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة مسائل اغتفر فيها في الابتداء ما لم يغتفر في البقاء :

أ) ـ منها ما لو فوض طلاق امرأته لعاقل ، فجن فطلق لم يقع . ولو فوض إليه مجنوناً فطلق وقع .

ب) ـ ومنها : ما لو وكل عاقلاً بالبيع ، فجن جنوناً يعقل معه البيع والشراء ، فباع ، لم ينفذ . ولو وكله ـ وهو بهذه الحالة من الجنون ـ فباع نفذ (ر : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، من باب تفويض الطلاق) .

ج) ـ ومنها : ما لو ولى السلطان قاضياً عدلاً ففسق ، انعزل ـ على قول ـ . ولو ولاه فاسقاً صح .

د) ـ ومنها : ما لو أذن لعبده في التجارة ، فأبق انحجر . ولو أذن له ـ وهو آبق ـ صح . (ر : الأشباه ، من قاعدة « يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها») .

هـ) ـ ومنها : ما لو ارتد المسلم فإن وقفه الذي وقفه حال إسلامه يبطل . وأما لو وقف المرتد عقاره ابتداءً في حال ردته ، فإن كان امرأة صح وقفها لأنها لا تقتل بالردة . وإن كان رجلاً يتوقف وقفه ، فإن عاد مسلماً صح ، وإن قتل أو مات بطل (ر : الدر وحاشيته ، من أوائل كتاب الوقف) .

و) ـ ومنها ما نصوا عليه في الوقف من الدرر وغيرها : لو وقف على ولده ، وليس له ولد ، وله ولد ولد ، صرف إلى ولد ولده . ولو كان له ولد وقت الوقف ثم مات يصرف إلى الفقراء لا إلى ولد الولد .

فقد اغتفر في هذا الفرع في الابتداء فصرف إلى ولد الولد عند عدم الولد ما لم يغتفر في البقاء ، إذ لم يصرف إلى ولد الولد عند موت الولد .

* * *

القاعدة الخامسة والخمسون (المادة / 56)

« البقاء أسهل من الابتداء »

هذه القاعدة هي أصل المادة السابقة .

وجميع ما قيل في تلك وما تفرع عليها يمكن أن يجري في هذه . فكان ينبغي تقديمها عليها ليكون ذكر تلك بعدها في قوة التفريع عليها . إلاَّ أن يدعى أنها أخرت عنها لتكون بمثابة التعليل لها ، وهو حسن .

* * *

القاعدة السادسة والخمسون (المادة / 57)

« لا يتم التبرع إلا بالقبض »

الشرح، مع التطبيق

لا يتم التبرع إلّا بالقبض ، لقوله ﷺ : « لا تجوز الهبة إلاّ مقبوضة » ، ولما روي عن السادات أبي بكر وعمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم أنهم قالوا : لا تتم الصدقة إلّا بالقبض ، ولأن عقد التبرع لو تم بدون قبض لثبت للمتبرع عليه مطالبة المتبرع بالتسليم فيصير عقد ضمان ، وهو تغيير للمشروع .

ولا فرق في اشتراط القبض لتمام التبرع بين ما كان تبرعاً ابتداء وانتهاء كالهدية والصدقة (والفرق بين الصدقة والهبة أن الهبة يشترط لها أن تكون شائعة قابلة للقسمة . وفي الصدقة لا يشترط ذلك إذا كانت بين اثنين ، كما لو تصدق على اثنين مشاعاً) والهبة بلا شرط عوض ، وبين ما كان تبرعاً ابتداءً معاوضة انتهاء ، كالهبة بشرط العوض والقرض والرهن ، فإن القبض شرط لتمام جميعها .

فإذا وجد (أي القبض) مستوفياً شروط صحته ، تمت (أي تلك العقود التبرعية) وإلاّ فلا .

وشروط صحته :

1) ـ أن يكون بإذن المالك صريحاً ، نحو : اقبضه أو أذنت لك بالقبض ، أو رضيت ، وما شاكل ذلك . فيجوز قبضه ولو بعد الافتراق . أو دلالة ، وذلك أن يقبض العين في المجلس ولا ينهاه ، إذا كانت العين لا تحتاج إلى الفصل عن غيرها . فلو تحتاج إلى الفصل عن غيرها ، كالثمر على الشجر والصوف على الغنم والحلية على السيف والقفيز من الصبرة، ففصلها وقبضها بدون إذنه الصريح لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة المالك أو لا .

2) ـ وأن يكون المقبوض غير مشغول وقت القبض بغيره ، وإن كانت شاغلاً يصح ، كما لو وهب الحمل على الدابة ، أو الحنطة في الجوالق ونحو ذلك . فلو وهب دابة عليها حمل ، أو داراً فيها متاع الواهب وسلمها مع الشاغل لم يجز القبض ، بخلاف متاع غير الواهب فإنه لا يمتنع صحة القبض .

3) ـ وأن لا يكون المقبوض متصلاً بغيره اتصال الأجزاء ، لأنه حينئذٍ في معنى المشاع . فلو وهب الزرع دون الأرض ، أو الأرض دون الزرع ، أو الثمر دون الشجر ، أو الشجر دون الثمر ، وسلمها جميعاً لم يجز القبض .

4) ـ وأن يكون المقبوض محلاً للقبض . فلو وهب ما في بطن غنمه أو ضرعها ، أو سمناً في اللبن ، أو حلاًّ في سمسم ، أو زيتاً في زيتون ، أو دقيقاً في حنطة ، لم يجز القبض ، وإن سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك .

5) ـ وأن يكون القابض أهلاً للقبض . فلا يجوز قبض المجنون والصغير الذي لا يعقل .

6) ـ وأن يكون هناك ولاية لمن يقبض بطريق النيابة . فيقبض للصغير أبوه ، أو وصيه ، أو جده أبو أبيه ، أو وصي جده ، سواء كان الصغير في عيالهم أو لا . ويجوز قبض غير هؤلاء مع وجود واحد منهم إن كان الصغير في عيال من يريد القبض ، ولو زوجاً لصغيرة . ولا يجوز قبض من ليس الصغير في عياله ولو ذا رحم محرم منه ، على ما عليه الفتوى من قولين مصححين .

(تنبيه) :

القبض السابق ينوب عن القبض اللاحق إذا كان السابق مثل اللاحق أو أقوى منه . أما إذا كان دونه فلا . فينوب قبض الأمانة مثل الوديعة والعارية عن قبض التبرع ، لأنه مثله . وكذلك ينوب عنه قبض الغصب والبيع الفاسد والقبض على سوم الشراء لأنه أقوى ، إذ هو قبض ضمان . ولا يحتاج في جميع ذلك إلى تجديد القبض ، بل يصير قابضاً بمجرد العقد .

بخلاف ما لو باع الأمانة ممن هي عنده ، فإنه لا ينوب قبض الأمانة عن قبض البيع ، لأن قبض البيع قبض ضمان ، وقبض الأمانة دونه ، فلا ينوب عنه بل لا بدّ من تجديد القبض بأن يخلي بين نفسه وبين الأمانة المبيعة بعد العقد .

بقي ما لو كان مقبوضاً في يده بحكم الملك فباعه ممن هو تحت ولايته فإنه لا ينوب قبضه بحكم الملك عن قبضه بحكم التمليك بعوض للمَوْلي عليه ، بل لا بدّ من التمكن من تجديد القبض عليه حقيقة ، فقد قال صاحب جامع الفصولين : لو باع ماله من ولده الصغير لا يعتبر قابضاً لولده بمجرد العقد ، حتى لو هلك قبل التمكن من قبضه حقيقة هلك على الأب (ر : جامع الفصولين ، الفصل السابع والعشرين) .

(تنبيه آخر) :

ذكر في آخر الفصل السابع عشر من جامع الفصولين أن القبض بطريق المساومة لا يكون قبضاً للمبيع ، فللبائع أخذه من المشتري بعد البيع للثمن . فلو فارقه البائع قبل أن يطلب أخذه منه فهذا رضا منه بقبضه ، فليس له أن يسترده .

ثم قال عقبه : وهذا يشكل على أصل مرّ أن ما هو مضمون بقيمته يقع فيه الشراء والقبض معاً ، والمقبوض على سوم الشراء لو سمى ثمنه ، فهو مضمون بقيمته ، فينبغي أن يكون هذا كذلك ، أي مقبوضاً بالقبض السابق . انتهى . وسكت عنه محشيه الرملي ، ونقل إشكاله صاحب نور العين ولم يجب عنه أيضاً .

ويمكن أن يجاب عنه بأن القبض على سوم الشراء قبض مؤقت ، بمعنى أنه صدر على وجه غير مراد فيه الدوام ، بل مراد فيه حصول تمكن المساوم من التبصر في ملاءمة المقبوض له من عدمها ، فهو مراد من الطرفين لقضاء هذه الحاجة فقط . وإنه سَابق على ثبوت حق البائع في حبس المبيع بالثمن ، فلا يمكن أن يعتبر مسقطاً له ، لأن الحق قبل ثبوته لا يحتمل الإسقاط . كيف والبيع إذا بين فيه الثمن وسكت فيه عن التأجيل يكون المعهود فيه دفع الثمن أولاً شرعاً وعرفاً ، فهو قبض مقرون بما يدل بجاري العادة على التزام المشتري دفع الثمن معجلاً ، فيثبت معه للبائع حق استرداد المبيع وحبسه إلى استيفاء الثمن . ولا تنافي بين كونه مضموناً على المشتري بالقبض السابق وبين ثبوت حق استرداده للبائع وحبسه بالثمن . كما لو قبضه بعد البيع بغير إذن البائع قبل أن يدفع الثمن .

بخلاف قبض الغاصب ، فإنه وإن كان سابقاً على ثبوت حق البائع في حبس المبيع بالثمن ، لكنه غير موقت وغير مراد منه قضاء مأرب خاص ، وليس قبض

استبدال كالقبض على سوم الشراء ، بل قبض استبداد يراد منه الدوام والاستمرار غير مصحوب ولا مقرون بما يدل على التزام المشتري دفع الثمن معجلاً ، بل هو مصحوب بما يدل على خلاف ذلك من حالة الغاصب . ثم إقدام المالك على بيعه له وهو في يده المتغلبة ، ولا دليل يدل على التزامه تعجيل الثمن يجعل المالك راضياً في ضمن عقد البيع بسقوط حقه في استرداد المبيع منه وحبسه بالثمن ، إذ السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان . هذا ما ظهر ، والله سبحانه أعلم .

(تنبيه آخر) :

القبض قد يكون بالاستيلاء على الشيء فعلاً وحقيقة وهو ظاهر ، وقد يكون بدون ذلك ، وذلك بالتخلية وهي الإذن بالقبض ، كقوله : خليت بينك وبينه ، أو خذه ، ونحو ذلك مما يفيد الإذن ، بشرط أن لا يكون المأذون بقبضه بعيداً ، فلو كان بعيداً وأذن له بقبضه ومضى زمن يمكنه الوصول إليه منه وقبضه صار قابضاً.

والمراد بغير البعيد ما يقدر على قبضه بلا كلفة ، وهذا يختلف باختلاف العين المقبوضة ، ففي نحو دار أو حنطة في بيت ، فدفع المفتاح إذا كان يمكنه الفتح بلا كلفة قبض ، وكذلك قدرته على إغلاقه الدار يكون قبضاً بالتخلية .

وفي نحو دابة في سرج ومرعى أن تكون بحيث ترى ويشار إليها .

وفي نحو ثوب فكونه بحيث لو مدّ يده يصل إليه قبض ، وإن كان يحتاج إلى القيام ليصل إليه لا يكون قبضاً .

وفي نحو طير أو فرس في بيت فأذن له بقبضه ، إن أمكنه أخذه بلا عون كان قبضاً .

وكما يشترط أن لا يكون بعيداً يشترط أن لا يكون مانع يمنع القبض ، فقبض المشغول بغيره لا يصح كما قدمناه آنفاً . بخلاف تسليم الشاغل لغيره فإنه يصح . فلو باع حنطة وسلمها في جوالق نفسه فإنه يصح ، بخلاف ما لو باع حنطة في سنبلها أو قطناً في فراش وسلمه كذلك فإنه لا يصح التسليم ، كما لو باع الجوالق وسلمه مملوءاً حنطة . (كما يعلم جميع ذلك من الكتاب الرابع من بيوع المجلة ، ومن بيوع الدر وحاشيته ، قبيل خيار الشرط) .

(تنبيه آخر) :

قد استثنوا من كون التخلية قبضاً مسائل لا تكفي فيها التخلية ، بل لا بد فيها من حقيقة القبض :

أ)- منها: الهبة الفاسدة، فإن التخلية لا تكون قبضاً فيها باتفاق الروايات.

ب) ـ ومنها : ما لو قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن بدون إذن بائعه ثم طالبه برده اليه ، فخلى بينه وبينه ، لا تكون التخلية قبضاً حتى يسلمه بيده (رَ : رد المحتار ، قبيل خيار الشرط ، نقلاً عن الخانية والبزازية) .

ج) ـ ومنها : ما لو تلف المغصوب فجاء الغاصب بقيمته ووضعها قدام صاحبه لا يبرأ بهذه التخلية ما لم يوجد حقيقة القبض .

د) ـ ومنها كذلك : إيفاء الديون وتسليم قيمة المتلفات من ودائع وغيرها ، فإنه لا يكون بالتخلية ، بل لا بد من وضعه في يده أو في حجره (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثالث والثلاثون) .

هـ) ـ ومنها : تسليم المبيع فاسداً ، لا يكون بالتخلية على ما صححه العمادي ، وصحح قاضيخان أن التخلية فيه قبض (رَ: الأشباه ، كتاب البيوع) .

وقد استشكل بعض أفاضل الدرس عدم جعل التخلية قبضاً في هذه الفروع بما جاء في المادة / 893 / من المجلة من أن الغاصب لو وضع عين المغصوب قدام صاحبه بحيث يقدر على أخذه فإنه يكون قد رد المغصوب . انتهى . وقال : إن فاعل التخلية في الفروع المذكورة ليس بأسوأ حالاً من الغاصب وقد اكتفي من الغاصب بالتخلية كما ترى ، فكان ينبغي أن يكتفى في هذه الفروع بالتخلية بالأولى .

وقد أجبته بأن إشكاله غير وارد ، وذلك لأن الفروع المذكورة إنما لم تجز فيها التخلية لأن الأمر دائر فيها بين إدخال مال في ضمان الغير وبين إشغال ذمة الغير بدين ، فالفرعان الأولان ، وهما فرع التخلية في الهبة الفاسدة وفرع تخلية المشتري بين البائع وبين المبيع الذي قبضه بدون إذن قبل نقد الثمن ، فيهما إدخال المال في ضمان الغير ، فإن الموهوب فاسداً إذا اعتبرناه مقبوضاً بالتخلية صار مضموناً على الموهوب له بقيمته ، لأن الهبة الفاسدة تضمن بالقبض (رَ : الدر المختار ، أوائل

كتاب الهبة) وكذلك المبيع إذا اعتبرناه مردوداً على البائع بالتخلية عاد مضموناً عليه بالثمن ، والتخلية ليست بقبض حقيقة لأنها عبارة عن رفع الموانع ، فهي قبض من وجه ، وذمة الموهوب له والبائع فارغـة عن الضمان من كل وجـه ، فلا يمـكن أن نشغلها بالضمان بما هو قبض من وجه وهو التخلية .

وبقية الفروع المستثناة المذكورة ، وهي فرع التخلية بين الدائن والـدين ، والتخلية بين قيمة المغصوب والمالك ، وفي معناه التخلية بين قيمة المتلف والمالك ، يكون فيها على تقدير اعتبار التخلية قبضاً إشغال ذمة الدائن والمالك بنظير ما في ذمته له من بدل الدين وقيمة المتلف ، لأن المتلف يتعلق بدله في مثل أو قيمة في الذمة بعد التلف فتصير ديناً ، والديون تقضى بأمثالها ، بمعنى أنه يثبت للمديون بالقضاء في ذمة الدائن دين نظير ما للدائن في ذمته ، فيلتقيان قصاصاً وتنقطع المطالبة بينهما لعدم الفائدة ، إذ لو طالب أحدهما الآخر بما في ذمته لطالبه الآخر كذلك ، حتى لو أبرأ الدائن المديون إبراء إسقاط رجع المديون عليه بما كان دفعه له ، لأنه بقي ديناً له عليه بلا مقابـل له في ذمتـه (ر : الـدر المختـار وحاشيتــه ، باب التصرف في المبيع والثمن) .

فحيث كان في الفروع المذكورة إشغال ذمة الدائن والمالك بنظير ما في ذمـة الدافع وذمتهما فارغة من كل وجه فلا يمكن بما هو قبض من وجه وهـو التخلية ، بخلاف رد الغاصب عين المغصوب ، وهو فرع المادة / 893 / المذكورة ، فإنه ليس إلا عبارة عن إعدام جنايته بإزالة يده المبطلة عنه إلى مالكه ، وذلك يحصل بنقله إليه ورفع الموانع بالتخلية بينه وبينه ، بحيث يقدر على أخذه بلا كلفة ما ، وليس في ذلك إدخال شيء في ضمان الغير ولا إشغال ذمة الغير بدين ، وعليه فلا إشكال ، وهذا ما ظهر لي ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

لكن يرد على ما في جامع الفصولين من أن إيفاء الديون لا يكون بالتخلية بل لا بد فيه من القبض بالفعل ، ما جاء في باب اليمين بالضرب والقتل من « التنوير » و « البحر » نقلاً عن الفتاوى الظهيرية ، أنه لو حلف ليقضين دينه اليوم فأعطاه فلم يقبل ، إن وضعه بحيث تناله يده يبر . وهو مخالف لما في جامع الفصولين ، فإما أن يكون في المسألة قولان ، أو يكون ما في التنوير والبحر مبنيا على العرف لكونه من الأيمان ، وهي تبنى على العرف ، وهذا أقرب فإنه إذا وضع له الدين بحيث لو مد يده يناله يقال في العرف إنه قضاه إياه .

(تنبيه آخر) :

إذا انتقض التبرع بعد تمامه بالقبض يعود المال المتبرع به إلى المتبرع ، ففي جامع الفصولين : لو تبرع الإنسان بقضاء دين غيره ، ثم ظهر أن لا دين عليه ، يعود إلى ملك المتبرع . وكذا لو تبرع بدفع مهر زوجة غيره ولو كان ابنه ، ثم خرج كل المهر عن المهرية بردة الزوجة ، أو خرج نصفه عن المهرية بطلاق قبل دخول الزوج بها ، فإنه يرجع إلى ملك المتبرع . وكذا لو تبرع بثمن المبيع فانفسخ البيع رجع بالثمن (رَ : الفصل الرابع والثلاثين من جامع الفصولين) .

وفي الدرر : لو تطوع إنسان بقضاء دين غيره ، وكان بالدين رهن ، ثم هلك الرهن في يد المرتهن ، رد ما قبض للمتطوع (رَ : الدرر ، قبيل كتاب الغصب ـ بالمعنى) .

تنبيه آخر :

العرض على القبض لا يكون قبضاً ، ولكن قد يوجب البراءة عن الضمان فيما يكون مضمونا ، ففي جامع الفصولين : لو جاء بالمبيع فاسداً إلى بائعه فلم يقبله ، فأعاده مشتريه إلى منزله ، فهلك ، لا يضمن . وكذا الغصب وهو الأصح . ولو وضعه المشتري بين يدي بائعه ، أو الغاصبُ بين يدي مالكه ، ولم يقبله فحمله إلى منزله ضمن ، إذ الرد يتم بوضعه وإن لم يقبلاه ، فإذا حمله إلى منزله صار غاصباً ثانياً . بخلاف ما إذا لم يضعه بين يديه إذ لم يتم رده . (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الموفي الثلاثين ، آخر صفحة 51 ملخصاً) . والظاهر أن هذا لا يجري فيما لا تكفي فيه التخلية كالمسائل المتقدمة (في التنبيه بعد عدد 3) التي لا بد فيها من حقيقة القبض (رَ : ما سيأتي تحت المادة / 81) .

(تنبيه آخر) :

لو باع الأب لابنه الصغير داره ، وهو ساكنها أو فيها متاعه أو جبته ، أو طيلساناً وهو لابسه ، أو خاتماً وهو في أصبعه أو دابة وهو راكبها ، لا يكون الابن قابضاً حتى يفرغ الأب الدار ، ويخلع الخاتم والطيلسان والجبة ، وينزل عن الدابة (رَ : أحكام الصغار ، من مسائل الوصايا ، صفحة / 38 ، ملخصاً) .

(تنبيه آخر) :

الإذن دلالة بقبض التبرع ، كأن يقبض الموهوب بحضرة الواهب ولا ينهاه ، يكفي في قبض العين لا في قبض الدين . فلو وهب الدين لآخر فقبض الموهوب له من المديون الدين الموهوب بحضرة الواهب ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياساً واستحساناً إذا كان قبضه بدون إذنه الصريح ، وإذا كان بإذنه الصريح جاز قبضه استحساناً ، بخلاف العين (رَ : البدائع 6 / 124) .

(تنبيه آخر) :

الظاهر أن نيابة قبض الأمانة عن قبض التبرع خاص بما كان تبرعاً ابتداء وانتهاء كالهبة والهدية والصدقة ، أما ما كان تبرعاً ابتداء معاوضة انتهاءً، كالرهن والقرض ، فالظاهر أنه لا ينوب فيه قبض الأمانة لأنه دونه .

ويستثنى مما تقدم : ما لو آجر الراهن العين المرهونة من المرتهن فإنه لا بد من تجديد القبض ، ولا ينوب قبض الرهن السابق عن قبض الإجارة ، مع انه قبض ضمان (رَ : رد المحتار ، كتاب الرهن ، من باب التصرف في الرهن والجناية عليه) وقد صرح في البدائع ، في باب حكم الرهن ، أن قبض الرهن من قبض الإجارة .

المستثنى

خرج عن القاعدة المذكورة : الوصية ، فإنها تبرع وتتم بدون قبض .

ويستثنى من قولهم : « القبض السابق ينوب عن القبض اللاحق إذا كان السابق مثله أو أقوى منه » ما في رد المحتار : ما لو غصب شيئا ثم أعاره المالك من الغاصب أو أودعه إياه ، فإن الغاصب لا يكون قابضاً بمجرد عقد الإعارة أو الوديعة إلا إذا وصل إليه بعد التخلية (رَ : رد المحتار ، البيوع ، من أواخر فصل ما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل ، عند قول المتن : ويسلم الثمن أولاً) . ويستفاد من لسان الحكام أن الغاصب لا يبرأ بإعارة المالك له ما لم يستعمله (رَ : لسان الحكام ، قبيل نوع في ضمان أحد الشريكين ، نقلاً عن المحيط) .

أما لو آجره المالك من الغاصب ، فقد ذكر في جامع الفصولين أنه يبرأ بنفس عقد الإجارة ، ثم نقل عن المنتقى أن الغاصب لا يبرأ عن الضمان حتى يستعمله

(رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثالث والثلاثين ، في بحث ما يبرأ به الغاصب صفحة / 132) .

ذكر في البدائع أن حق القبض عن الصغير في الهبة لأبيه ، ثم لوصيه ، ثم للجد ، ثم لوصيه . وأنه لا يقبض غيرهم مع وجود أحدهم وإن كان ذا رحم محرم وكان الصغير في عياله (رَ : البدائع 6 / 126) وهذا مخالف لما كتبناه في شرح القاعدة . وما في البدائع صححه في الهداية والجوهرة ، لكن نقل في الهندية عن فتاوى قاضيخان تصحيح ما كتبناه وعن الفتاوى الصغرى أن عليه الفتوى (رَ : تكملة رد المحتار. /422) من الهبة.

وكذلك شرط في المحل المذكور من البدائع ، عند ذكره صحة قبض زوج الصغيرة عنها أن يكون دخل بها . والظاهر أن مراده من الدخول بها أن تكون زفت إليه ، لأنه علل صحة قبضه عنها بأنها حينئذ تكون في عياله ، ولا يخفى أن كونها في عياله يحصل بالزفاف .

* * *

القاعدة السابعة والخمسون (المادة/ 58)

« التصرف على الرعية منوط بالمصلحة »

أولاً) ـ الشرح

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ، أي : إن نفاذ تصرف الراعي على الرعية ولزومه عليهم شاؤوا أو أبوا معلق ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في ضمن تصرفه ، دينية كانت أو دنيوية . فإن تضمن منفعة ما وجب عليهم تنفيذه ، وإلا رد لأن الراعي ناظر ، وتصرفه حينئذٍ متردد بين الضرر والعبث وكلاهما ليس من النظر في شيء .

والمراد بالراعي : كل من ولي أمراً من أمور العامة ، عاماً كان كالسلطان الأعظم ، أو خاصاً كمن دونه من العمال ، فإن نفاذ تصرفات كل منهم على العامة مترتب على وجود المنفعة في ضمنها ، لأنه مأمور من قبل الشارع ﷺ أن يحوطهم بالنصح ، ومتوعد من قبله على ترك ذلك بأعظم وعيد ، ولفظ الحديث أو معناه : « من ولي من أمور هذه الأمة عملاً فلم يحطها بنصح لم يَرَح رائحة الجنة » .

ثانياً) ـ التطبيق

فلو عفا السلطان عن قاتل من لا ولي له لا يصح عفوه ولا يسقط القصاص ، لأن الحق للعامة والإمام نائب عنهم فيما هو أنظر لهم وليس من النظر إسقاط حقهم مجاناً وإنما له القصاص أو الصلح .

وكذا عليه أن يسوي في العطاء . وإذا فاضل فإنه يفاضل على حسب الغَنَاء ـ وهو النفع للدين والمسلمين ـ لا على حسب الهوى .

وكذلك ليس لمتولي الوقف ولا للقاضي إحداث وظيفة في الوقف بغير شرط الواقف وإن كان في الغلة فضلة . فلو قرر فراشاً مثلاً لم يشترطه الواقف لا يحل له الأخذ لإمكان استئجار فراش بلا تقرير .
وكذا لو آجر المتولي عقار الوقف بغبن فاحش لا يصح .

وكذا لو زوج القاضي الصغيرة من غير كفء ، أو قضى بخلاف شرط الواقف ، أو أبرأ عن حق من حقوق العامة ، أو أجّل الدين على الغريم بدون رضا الدائن لم يجز .

وكذا لو صالح الولي أو الوصي عن الصغير صلحاً مضراً به لا يصح ، كما لو صالح الخصم قبل أن ينوي رد دعواه بالبينة ، أو قبل الحوالة بدين الصغير على من ليس بأملأ - أي أغنى - من المحيل لا يصح .

وكذا لو دُفع للوصي بمال اليتيم ألفاً ، ودفع آخر ألفاً ومائة ، والأول أملأ ، يبيع الوصي من الأول وكذا الإجارة يؤجر بثمانية للأملأ لا بعشرة لغيره . وكذا متولي الوقف (ر : جامع الفصولين ، الفصل / 27) .

ثالثاً) - المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة :

ما في جامع الفصولين من قوله : سلم مال الصغير قبل قبض ثمنه لا يسترده للثمن ، بخلاف تسليم الصغيرة في باب النكاح (ر : جامع الفصولين ، الفصل السابع والعشرين ، صفحة / 28) .

ويستثنى أيضاً ما في الدرر والدر وغيرهما ، من باب الولي ، من أن الأب أو الجد إذا لم يكن سكران ، ولم يكن معلوماً بسوء الاختيار ينفذ تزويجه للصغير والصغيرة من غير كفء وبغبن فاحش .

* * *

القاعدة الثامنة والخمسون (المادة / 59)
« الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة »

أولاً) ـ الشرح

الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ، لأن كل ما كان أقل اشتراكاً كان أقوى تأثيراً وامتلاكاً ، أي تمكناً .

و « الولاية » ـ بالفتح ـ معناها لغة : النصرة . ـ وبالكسر ـ معناها لغة : السلطة والتمكن . واستعملت الثانية شرعاً في نفوذ التصرف على الغير شاء أو أبى .

وتكون عامة وخاصة :

أما العامة فتكون في الدين والدنيا والنفس والمال ، وهي ولاية الإمام الأعظم ونوابه ، فإنه يلي على الكافة تجهيز الجيوش ، وسد الثغور ، وجباية الأموال من حلها وصرفها في محلها ، وتعيين القضاة والولاة ، وإقامة الحج والجماعات ، وإقامة الحدود والتعازير ، وقمع البغاة والمفسدين ، وحماية بيضة الدين ، وفصل الخصومات وقطع المنازعات ، ونصب الأوصياء والمتولين ومحاسبتهم ، وتزويج الصغار والصغائر الذين لا ولي لهم وغير ذلك من صوالح الأمور .

وأما الخاصة فتكون أيضاً في النفس والمال معاً ، وفي المال فقط :

أما الأولى فعلى أربعة أضرب ـ أي أنواع ـ : قوية فيهما ، وضعيفة فيهما ، وقوية في أحدهما ضعيفة في الآخر .

أما القوية فيهما فولاية الأب ثم الجد أب الأب وإن علا ، فإنهما يملكان على هذا الترتيب تزويج الصغار ، ومداواتهم بالكي وبطّ القرحة وغير ذلك ، والتصرف

في أموالهم على ما عرف في النكاح والوصايا بشرط حرية ، وتكليف ، واتحاد في الدين بالإسلام أو بغيره ، أي بأن يكون كل منهما مسلماً أو كل منهما غير مسلم ، وغير الإسلام من الأديان بمنزلة دين واحد .

وأما الضعيفة فيهما فولاية من كان الصغير في حجره من الأجانب أو من الأقارب ، وكان هناك أقرب منه له . فإنه يلي على نفس الصغير وماله ولايةً ضعيفة ، فإنه يملك تأديبه وإيجاره ودفعه في حرفة تليق بأمثاله ، ويشتري له ما لا بدّ له منه ، ويقبض له الهبة والصدقة ويحفظ له ماله .

وأما القوية في النفس الضعيفة في المال فولاية غير الأب والجد من العصبات وذوي الأرحام ، فإنهم يملكون من التصرف في نفس الصغير والمعتوه بالشرط السابق ما يملكه الأب والجد عند عدمهما ، وبشرط الكفاءة ومهر المثل في النكاح بالنسبة لغير الابن . وأما الابن فإنه لا يتقيد بالكفاءة ومهر المثل لأن ولايته في النفس كولاية الأب والجد ، بل هو مقدم عليهما ، وإن كانت في المال ضعيفة بمنزلة غيره من الأقارب .

ويملكون هم وأوصياؤهم شراء ما لا بدّ للصغير منه ، وقبض الهبة والصدقة له ، وحفظ ماله دون التصرف فيه ولو موروثاً له من قبل موصيهم .

وأما القوية في المال الضعيفة في النفس فولاية وصي الأب أو الجد أو القاضي على الصغار ، فإنه يتصرف في مالهم تصرفاً قوياً ، ولكن تصرفه في أنفسهم ضعيف كتصرف من كان الصغير في حجره من الأجانب .

وأمّا ولاية المال فقط فولاية متولي الوقف في مال الوقف ، وولاية الوصي في مال الكبير الغائب ، فإنه يلي بيع غير العقار من التركة إلاّ لدين أو وصية لا وفاء لهما إلاّ ببيعه فيبيعه عليه ولو كان حاضراً إذا امتنع عن وفاء الدين .

ثانياً) ـ التطبيق

مما يتفرع على القاعدة المذكورة أن القاضي لا يملك التصرف في الوقف مع وجود متولٍ عليه ولو من قبله ، حتى لو تصرف بإيجار أو قبض أو صرف لا ينفذ .

وكذلك لا يملك القاضي التصرف في مال الصغير مع وجود وصي الأب أو وصي الجد أو وصي نفس القاضي . أما مع وصي غير من ذكر كوصي الأم ومن شاكلها

ممن كانت ولايته ضعيفة في المال من الأقارب فإنه يملك التصرف .

وكذا لا يملك القاضي تزويج الصغار مع وجود الولي إلاّ بعد عضله .

ثالثاً ـ المستثنى

أخرج بعضهم عن القاعدة المذكورة ما نصوا عليه من أن الوصي لا يملك استيفاء القصاص إذا قتل مورث الصغير الذي تحت وصايته . مع أن القاضي يملك استيفاءه ، فتكون الولاية العامة هنا أقوى من الولاية الخاصة .

وفي الحقيقة لا استثناء ، فإن ولاية استيفاء القصاص عن الصغير تابعة للولاية على نفسه ، ولا ولاية على نفسه للوصي ،وما لَهُ من الولاية المتقدمة ضعيفة ولا تزيد على ولاية الأجنبي إذا كان الصغير في حجره :

ولكن ينبغي أن يستثنى من القاعدة ما ذكروا من أن المتولي لا يملك العزل والنصب لأرباب الجهات بدون أن يشترط الواقف ذلك له ، ويملكه القاضي بدون شرط .

وكذلك يملك القاضي إقراض مال الصغير دون الأب والوصي ،

وكذلك يملك القاضي الاستقراض للوقف واستبداله بشروطه وإيجاره مدة طويلة عند مسيس الحاجة إلى تعميره ، ولا يملك المتولي ذلك .

تنبيه :

إن ما ذكر من أن القاضي لا يملك التصرف مع وجود وصي أو متول ولو من قبله مقيد بغير مداخلته بالسبب العام ، أما به فإنه يتداخل ، فإنه يحاسب الأوصياء والمتولين ويعزل الخائن منهم وإن شرط الموصي أو الواقف عدم مداخلته .

وكذلك ما ذكر من المستثنيات في التنبيه السابق ، فإن ملكه لها بالسبب العام .

وكذلك يملك بالسبب المذكور إيجار عقار الوقف من المتولي أو ممن لا تقبل شهادته للمتولي ولو لم يكن هناك خيرية .

* * *

القاعدة التاسعة والخمسون (المادة / 60)

« إعمال الكلام أولى من إهماله »

أولاً) ـ الشرح

إعمال الكلام ما أمكن إعماله أولى من إهماله ، لأن المهمل لغو ، وكلام العاقل يصان عنه ، فيجب حمله ما أمكن على أقرب وأولى وجه يجعله معمولاً به من حقيقة ممكنة وإلاّ فمجاز .

ثانياً) ـ التطبيق

فلو أوصى أو وقف على أولاده تناول أولاده الصلبية فقط إن كانوا لأنه الحقيقة ، وإلاّ تناول أولادهم بطريق المجاز لأن إعمال الكلام أولى من إهماله .

وكذلك لو أوصى أو وقف على مواليه الأعلين أو الأسفلين ، فإن كان له موالٍ استحقوا ، وإلاّ فلموالي مواليه .

(تنبيه) :

الأصل في الكلام أن يفيد فائدة مستأنفة غير ما أفاده سابقه ، لأن الاستئناف تأسيس ، وإفادة ما أفاده السابق تأكيد ، والتأسيس أولى من التأكيد . وعليه فيراد بالإهمال في القاعدة ما هو أعم من الإلغاء بالمرة وإلغاء الفائدة المستأنفة بجعله مؤكداً . فلو أقر بألف في صك ولم يبين سببها ثم أقر بألف كذلك يطالب بالألفين . وكذا لو قال لزوجته المدخول بها : أنت طالق طالق طالق ، وقع ثلاثاً ، ويديّن في أنه نوى التأكيد .

* * *

القاعدة الستون (المادة / 61)

« إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز »

الشرح مع التطبيق

إذا تعذرت الحقيقة أو تعسرت أو هجرت يصار إلى المجاز .

وتعذر الحقيقة إما : بعدم إمكانها أصلاً لعدم وجود فردٍ لها في الخارج ، كما لو وقف على أولاده وليس له إلاّ أحفاد . أو بعدم إمكانها شرعاً كالوكالة بالخصومة ، فإن الخصومة هي التنازع وهو محظور شرعاً قال تعالى : « ولا تنازعوا» .

وتعسرها بعدم إمكانها إلاّ بمشقة ، كما لو حلف : لا يأكل من هذا القدر أو من هذه الشجرة أو هذا البر ، فإن الحقيقة وهي الأكل من عينها ممكنة لكن بمشقة . فيصار في كل من الأقسام الثلاثة إلى المجاز ، وهو الصرف إلى الأحفاد في الأول ، وإعطاء الجواب إقراراً أو إنكاراً أو دفعاً في الثاني ، والأكل مما في القدر أو من ثمر الشجرة إن كان وإلاّ فمن ثمنها أو مما يتخذ من البر في الثالث .

ومثل تعذر الحقيقة : هجرها ، كما لو حلف : لا يضع قدمه في هذه الدار ، فإن الحقيقة فيه ممكنة ولكنها مهجورة . والمراد من ذلك في العرف الدخول . فلو وضع قدمه فيها بدون دخول لا يحنث ، ولو دخلها راكباً حنث . ومثله ما لو قال له : اشعل القنديل ـ الفنار ـ فإنه مظروف إلى الشمعة فيه عرفاً ، فلو أشعله نفسه فاحترق يضمن .

* * *

القاعدة الحادية والستون (المادة / 62)

« إذا تعذر إعمال الكلام يهمل »

الشرح مع التطبيق

إذا تعذر إعمال الكلام بأن كان لا يمكن حمله على معنى حقيقي له ممكن ، لتعذر الحقيقة بوجه من وجوه التعذر المتقدمة في المادة السابقة ، أو لتزاحم المتنافيين من الحقائق تحتها ولا مرجح ، ولا على معنى مجازي مستعمل ، أو كان يكذبه الظاهر من حسٍّ أو ما هو في حكمه من نحو العادة ، فإنه يهمل حينئذ ، أي يلغى ولا يعمل به .

أما تزاحم المتنافيين فكما لو أوصى لمواليه أو وقف عليهم وكان له معتِقون ومعتَقون فإن الوصية والوقف لغو . وكما لو كفل بالعهدة فإن الكفالة لا تصح لأن العهدة اسم مشترك يقع على الصك القديم ، وعلى العقد ، وعلى حقوق العقد ، وعلى الدرك ، وخيار الشرط (رَ : نور العين في ترتيب جامع الفصولين ، الفصل التاسع والعشرين) . وكما لو كفل ولم يعلم أنها كفالة نفس أو مال فإنها لا تصح (رَ : رد المحتار ، أوائل الكفالة) . ومن هذا : ما لو قال رجل : ادفعوا هذه الدار والثياب إلى فلان ، ولم يقل : فإنها له ، ولا قال : هي وصية ، قالوا : هذا باطل ، إذ ليس بإقرار ولا وصية . (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الرابع والثلاثين ، من كتاب الوصية ، صفحة / 257) .

وأما مسألة تعذر الحقيقة وعدم إمكان الحمل على المعنى المجازي لكونه غير مستعمل فكما لو قال لمعروف النسب : هذا ابني ، فإنه كما لا يصح إرادة الحقيقة منه لثبوت نسبه من الغير لا تصح أيضاً إرادة المجاز ، وهو الإيصاء له بإحلاله محل الابن في أخذ مثل نصيبه من التركة ، لأن ذلك المجاز غير مستعمل ، والحقيقة إذا لم تكن مستعملة لا يصار إليها فالمجاز أولى .

وأما تكذيب الحسّ فكدعوى قتل المورث وهو حي ، أو قطع العضو وهو قائم ، وكدعوى الدخول بالزوجة وهو مجبوب . وأما ما في حكم الحس فكدعوى البلوغ ممن لا يحتمله سنه أو جسمه ، وكدعوى صرف المتولي أو الوصي على الوقف أو الصغير مبلغاً لا يحتمله الظاهر ، فإن كل ذلك يلغى ولا يعتبر ولا يعمل به وإن أقيمت عليه البيِّنة.

* * *

القاعدة الثانية والستون (المادة / 63)

« ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله »

الشرح مع التطبيق

ذكر بعض ما لا يتجزأ على وجه الشيوع كنصفه مثلاً ، كذكر كله ، لأنا إذا لم نقل بذلك والموضوع أن المحدّث عنه لا يتجزأ يلزم إهمال الكلام بالمرة ، والحال أن إعمال الكلام ما أمكن إعماله أولى من إهماله كما تقدم.

فلو قال لامرأة : تزوجت نصفك فقبلت صح العقد على المفتى به ، كما نقله الحموي محشي الأشباه عن الصيرفية .

ولو طلق ثلث امرأته أو نصفها مثلاً طلقت كلها ، أو طلقها نصف طلقة أو ربع طلقة وقع عليها طلقة كاملة .

وكذلك لو أضاف كفيل النفس الكفالة إلى جزء شائع من المديون كربعه مثلاً كان كفيلاً بالنفس .

وكذا لو قال ولي القتيل : عفوت عن ربع القصاص أو خمسه مثلاً سقط كله .

وكما لو سلم الشفيع حقه عن نصف الشفعة مثلاً سقطت كلها.

تنبيه :

إنما قيدنا ذكر بعض ما لا يتجزأ بأن يكون على وجه الشيوع إحترازاً عما إذا لم يكن كذلك ، بأن كان على وجه التعيين ، كما لو أضاف الطلاق إلى عضو من أعضاء المرأة ، فإن كان عضواً يعبر به عن كلها كالرأس والرقبة وأضافه إليها وقع الطلاق .

فلو لم يضفه إليها بأن قال : الرأس منك أو الرقبة منك طالق ، أو كان عضواً لا يعبر به عن الكل كالظفر والشعر لم يقع فيهما .

(تنبيه آخر) :

خرج عن القاعدة المذكورة ما لو قال رجل لدائن آخر كفل لك به نصفي أو ثلثي مثلاً لم يكن كفيلاً (يلزم تعليل هذا الفرع) .

ومنها ما لو قال لامرأته : أنت طالق واحدة إن شئت ، فقالت : شئت نصف واحدة لم يقع شيء (يلزم تعليله أيضاً) .

ملاحظة مهمة :

قد يزيد حكم البعض على الكل في مسائل :

منها : ما لو ختن صبيا بإذن وليه فقطع حشفته ، فإن مات فعليه نصف الدية ، وإلا فعليه الدية كلها .

ومنها : ما لو خرج رأس المولود فقطع إنسان أنفه فخرج حيا وعاش فعليه الدية ، ولو قطع رأسه والحالة هذه فعليه الغرة (يلزم التعليل) .

ومنها : أن قطع الاصبعين عيبان ، وقطع الأصابع مع الكف عيب واحد . (يلزم التفريع على الفرع الأخير) .

* * *

القاعدة الثالثة والستون (المادة / 64)

« المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة»

الشرح مع التطبيق

« المطلق » : عرف المطلق قوم بأنه ما دل على الماهية بلا قيد ، أي الماهية المستحضرة في الذهن بلا قيد وجودها في ضمن الأفراد ، فهو على هذا مرادف لعلم الجنس .

وعرفه آخرون بأنه : ما دل على شائع في جنسه. فهو عندهم مرادف للنكرة . وهذا هو الذي اختاره الكمال بن الهمام وجرى عليه السعد في حواشي التلويح ، وأيده البناني بأن الأحكام الشرعية إنما تتعلق بالماهية باعتبار وجودها في ضمن الأفراد ، لا باعتبار أنها مفهومات كلية وأمور عقلية كما يفيد التعريف الأول .

« يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً » أي لفظاً ، وذلك بأن يكون مقروناً بنحو صفة ، أو حال ، أو إضافة ، أو مفعول ، أو نهي ، أو شرط ، أو استثناء .

فالأول : كثوب هروي ، وفرس عربي ، ونحو ذلك .

والثاني : كإن دخلت راكباً مثلاً .

والثالث : كاشتر لي فرس بكر مثلاً .

والرابع : كبعه من فلان .

والخامس : كلا تبعه في سوق كذا .

والسادس : كالطلاق المعلق والنذر المعلق .

والسابع : كالاستثناء الواقع في الأقارير والعقود والتعاليق ، كقوله : لك

علي مائة إلا عشرة ، وقوله : كفلت لك بمائة إلا خمسة مثلاً ، وقوله : إن خرجت إلا بإذني فأنت كذا . فكل ذلك تقييد لفظي يعمل عمله .

« أو دلالة » كقول المكاري لآخر : اشتر لي بغلاً أو بغلة ، فاشترى له بغلة من مراكيب الأمراء بخمسين ديناراً مثلاً ! وكقول من قدم بلدة لغيره : استأجر لي داراً . فاستأجرها له بعد سنة مثلاً ! فإنه لا ينفذ فعل المأمور على الآمر في المحلين ، لأنه في الأول يتقيد دلالة بدابّة يحمل عليها الأثقال ، وفي الثاني بدار يسد بها حاجته القائمة في الحال .

وكما لو جاءت امرأة بغزلها إلى السوق وأمرت رجلاً ببيعه ، فباعه نسيئة ، لم ينفذ عليها (ر: متن التنوير ، من الوكالة) وذلك لتقيده بالنقد حالاً بدلالة الحاجة .

تنبيهات :

(التنبيه الأول) :

إن المطلق إذا كان عبارة عن الإذن بشيء وإطلاقه له فإنه لا يجري على إطلاقه حينئذ ، بل يعتبر بغير مظان التهمة ومواطن الخيانة ، فإذا كان بمعزل عن التهمة والخيانة يجري على إطلاقه ولا يقيد بعد ذلك بأن يكون موافقاً للعرف والعادة عند أبي حنيفة ، وعند صاحبيه يقيد بأن يكون موافقاً للعرف والعادة (رَ : تأسيس النظر ، للدبوسي) .

فلو وكل شخص آخر ببيع شيء ولم يقيده ، فعند الإمام للوكيل أن يبيع بالثمن الذي يراه مناسباً نقداً أو عرضاً ، بثمن المثل ، أو بغبن فاحش ، وله أن يبيع بثمن حالٍّ أو نسيئة إلا إذا كان البيع للحاجة فيتقيد حينئذ بدلالة الحال كما في المسائل المارة ، فلا يبيع إلا بالنقد وبالثمن الحال (رَ : التنوير ، من فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء . . . والمادة / 1494 من المجلة) .

وكذا لو كان وكيلاً بالتزويج فزوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها بغبن فاحش جاز عنده .

وكذلك لو أودع عند آخر وديعة جاز للمودع أن يسافر بها إذا كان الطريق أمناً ، كان لها حمل ومؤنة أو لم يكن .

وكذلك لو وكله بإجارة داره مثلا فآجرها سنين طويلة جاز عنده .

كما لو وكله ببيع شيء وأمره أن يأخذ بثمنه رهنا ، فباعه وأخذ بالثمن رهناً قليلاً أو كثيراً جاز عنده .

ونظير ذلك ما لو وكله بشراء شيء بعينه ، فاشتراه ثم قبل أن يقبضه وجد به عيباً فاحشاً فرضي به وقبضه ، نفذ على موكله ، عنده (رَ : تأسيس النظر) .

كل ذلك حكماً للإطلاق ، لعدم وجود التهمة والخيانة .

فلو كان التصرف مصحوباً ـ والحالة هذه ـ بالتهمة أو الخيانة لم يجز على الآذِن ، فلا يملك وكيل البيع ولا وكيل الإجارة أن يبيع أو يؤ جر من نفسه ولا ممن تقبل شهادته له ، لمكان التهمة . كما إنه لا يملك المودع السفر بالوديعة إذا كان الطريق مخوفاً ، لمكان الخيانة والتفريط في حفظها المعقود عليه .

وعند الصاحبين : كل تلك الإطلاقات مقيدة بالعرف ، فلا يملك وكيل البيع عندهما أن يبيع إلا بثمن من جنس النقدين ، وأن يكون حالًّا غير مؤجل ، وأن يكون الثمن بثمن المثل أو بغبن يسير .

وكذا يشترط ـ عندهما ـ كون الرهن وثيقاً حافظاً للقيمة .

ولا يجوزان للمودع السفر بالوديعة إذا كان لها حمل ومؤنة وان كان الطريق أمناً .

ولا يجوزان إيجار دار الآمر أكثر من المدة المتعارفة .

ولا يجوزان النكاح إلا بمهر المثل أو غبن يسير. وإذا كان الغبن فاحشاً يخيرٌ الموكل بين إجازته أو رده .

وكذلك رضا وكيل الشراء بالعيب الفاحش نافذ عليه دون موكله ، جرياً في جميع ذلك على تقييد تلك الإطلاقات وتخصيصها عرفاً بما ذكر . وقد جرت المجلة في المادة / 1494 و 1498 / على قول الإمام .

(التنبيه الثاني) :

لا ينبغي أن يفهم من القاعدة أن المطلق أينما وقع وكيفما كان إذا لم يقم دليل

على تقييده فهو مرعي ومعتبر على إطلاقه ومحتمل على جهالته وإن كانت فاحشة ، وأن العقود والتصرفات التي تتضمن ذلك المطلق تعتبر صحيحة شرعية أياً كانت ، بناء على عموم القاعدة ، كلا ، بل الذي يظهر أن ذلك ليس مطرداً أو عاماً ، بل هو خاص بما لا تضره الجهالة الفاحشة كالأقارير والأيمان والكفالة وما لا يحتاج إلى قبضه من الأثمان والمبيعات ،

كما لو أقرّ لغيره بأن له في ذمته ديناً ولم يبينه أو حلف ليشترينّ اليوم ثوباً ، أو كفل لزيد بما زاد له على فلان ، أو قال له : بايع فلاناً وما بايعته فعلي ، أو أقر أن لفلان عليه ديناً فاشترى فلان منه شيئاً ، أو أقر أن له تحت يده متاعاً غصباً أو وديعة ولم يبينه له ، ثم اشترى المقر منه ـ فإن الجهالة الفاحشة في جميع ذلك لا تضر ، ويجبر على البيان في فرع الإقرار ، وتنعقد اليمين المذكورة على إطلاقها ويبر بشراء أي ثوب كان ، وتصح الكفالة في الصورتين المرسومتين ، ويصح البيع في فرعي البيع لأن الدين المشرى به في الأول يسقط بالشراء والساقط لا تضر جهالته ، ولأن المبيع في الثاني غير محتاج إلى تسليمه وتسلمه فلا يؤدي إلى التنازع (كما يعلم جميع ذلك من الدر المختار وحاشيته ، من الإقرار والأيْمان والكفالة ، وأوائل البيوع ، والمادة / 630 و1579 / من المجلة ، وجامع الفصولين الفصل / 30 ج2 / 67).

أما ما تضره الجهالة الفاحشة كالمهر في النكاح والثمن والمبيع المحتاج إلى قبضها في البيع والموكل بفعله من التصرفات أو بشرائه من البائع ، إذا كان المطلق فيها مجهولاً جهالة فاحشة ، فلا يعتبر ذلك الإطلاق ولا يحتمل جهالته .

كما إذا وكله في جميع أموره وليس للموكل صنعة معروفة لتنصرف الوكالة إليها ، أو وكله بشراء شيء مجهول الجنس كثوب أو دابة ، أو تزوج امرأة على مهر كذلك ـ أي مجهول الجنس ـ أو باعه بدراهم أو دنانير مجهولة كأن كانت مختلفة في المالية متساوية في الرواج ، أو باع الغوّاص أو القناص ما يخرج من ضربته ، بطلت الوكالة في الأول والثاني ، ووجب مهر المثل في الثالث لكون النكاح لا يفسد بفساد التسمية ، ولم يصح البيع في الفرعين الأخيرين (كما يعلم ذلك من مراجعة المادة / 1468 / والمادة / 200 / و /238 / و1459 / من المجلة ، ومراجعة الدر المختار وحاشيته ، من الوكالة ، والمهر ، والبيع الفاسد) .

(تنبيه آخر) :

يحمل المطلق على المقيد في الروايات ، ولهذا نرى مطلقات المتون يقيدها الشراح . وقد نصوا على أنه إذا صرح بعض الأئمة بقيد لم يصرح به غيره يجب اتباعه .

(تنبيه آخر) :

إذا كان ما قيد به الآمر المأمور مفيداً من كل وجه يلزم رعايته ، أكده بالنفي أو لا ، كما إذا قال له : بعه بخيار أو بكفيل أو برهن ، فباعه بدونه . أو قال المودع للوديع : احفظ الوديعة في هذه الدار تتعين ، لتفاوت الحرز .

وإذا كان لا يفيد أصلاً لا تجب مراعاته ، كبعه بنسيئة ، فباعه بالنقد بما يباع به نسيئة جاز .

وإن كان مفيداً من وجه ، إن أكده بالنفي تجب مراعاته وإن لم يؤكده لا تجب مراعاته . فلو قال : بعه بسوق كذا ، أو احفظ الوديعة في البيت الفلاني من دارك ، أو بعه بشهود مثلاً لا تجب مراعاته . ولو قال : لا تبعه إلا في سوق كذا ، أو لا تحفظها إلا في البيت الفلاني من دارك ، أو لا تبع إلا بشهود وجبت مراعاته .

وإذا كان ما قيده به غير مفيد أصلاً لا تلزم مراعاته وإن أكده ، كما لو قال : لا تحفظها إلا في هذا الصندوق (ر : رد المحتار ، من فصل « لا يعقد وكيل البيع والشراء » نقلاً عن الذخيرة والبزازية) .

(تنبيه آخر) :

مما جاء فيه المطلق جارياً على إطلاقه ما ذكره في جامع الفصولين من أن رب المال لو قال للمضارب : اعمل برأيك ، فدفع المضارب المال إلى آخر مضاربة على أكثر من نصيبه يجوز . انتهى بالمعنى . وقد ذكر هذا عقب قوله : ولو كان البذر لرب الأرض فقال للمزارع : اعمل برأيك ، فدفع المزارع إلى آخر مزارعة ، فلو دفع بأقل من نصيبه جاز لا بأكثر (انتهى بلفظه) ثم ذكر ما لفظه : قال ابن أبي عمران : سألت علياً الرازي عن الفرق بين المسألتين فقال : إن فيما تفرد محمد رحمه الله تعالى

بتصنيفه مسائل لو روجع فيها لرجع عنها ،منها هذه المسألة (ر : جامع الفصلين ، الفصل الموفي الثلاثين ، صفحة / 66) .

ولقد استولى عليّ الدهش حين وقفت على صدور مثل هذا في حق الإمام محمد ابن الحسن محرر المذهب النعماني من مثل علي الرازي الذي أخذ الفقه عن الحسن بن زياد وروى عن أبي يوسف ومحمد ، وقبول مثل أحمد بن أبي عمران له ، الذي تفقه على ابن سماعة تلميذ أبي يوسف ومحمد ، والذي هو شيخ أبي جعفر الطحاوي . فإن صدور مثل هذا من مثلهما مع أنهما من أعرف الناس بفضل الإمام محمد يقلل من الوثوق بعلمهما بفضله ، وكان من الواجب الأليق بعلي الرازي تجاه الإمام محمد رحمة الله تعالى عليه أن يقف عند كلمة « لا أدري » وأن لا يكره التصريح بها . ورحم الله تعالى ابن دريد حيث يقول :

ومـــن كان يهـــوى أن يُرى متصدراً ويكره «لا أدري» أصيبـــت مقاتله

هذا مع أن الفرق بـين المسألتـين ظاهـر فيما أرى ، فإن المضاربـة تتضمـن الوكالة ، والمضارب وكيل في التصرف عن رب المال كما صرحوا به أوائـل كتـاب المضاربة . فإذا عمم له رب المال وأطلق يده في التصرف بقوله : اعمل برأيك يملك حينئذ على رب المال أن يدفع المال لآخر مضاربة على أكثر من حصته ، وينفذ ذلك عليه عملاً بتفويضه وإطلاقه له بقوله : اعمل برأيك.

وأما المزارعة فإنها لا تتضمن وكالة ، بل المزارع في صورة ما إذا كان البذر من جهة رب الأرض أجير ببعض الخارج من عمله ، وبإطلاق المستأجر وتعميمـه له بقوله : اعمل برأيك لا يملك أن يستأجر من يقوم عنه بعمله بحصة من الخارج أكثر من حصته ، لأنه يكون والحالة هذه مستأجراً له ببدل بعضه من مال المستأجر وهو رب الأرض والبذر ، لأن ما زاد عن حصة المزارع عائد له ، ولا حق فيه للمزارع ، فلا يجوز ذلك منه ولا ينفذ على رب الأرض .

فقد ظهر الفرق بين المسألتين ، والله سبحانه ملهم الصواب ، وإليه المرجع والمآب .

* * *

القاعدة الرابعة والستون (المادة / 65)

« الوصف في الحاضر لغو»

أولاً) ـ الشرح

الوصف في الشيء الحاضر المشار إليه في المجلس لغو . أي ساقط الاعتبار ، لأن المقصود من الوصف التعريف وإزالة الاشتباه والاشتراك ، وقد حصل من ذلك بالإشارة إليه ما هو أعلى وأبلغ ، فإن الإشارة تقطع الاشتراك بالكلية ، والوصف يقلله . فإذا وجدت يلغو معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الاشتراك ولا يقطعه .

وهذا إذا كان المشار إليه من جنس المسمى الموصوف ، كما لو أراد البائع بيع فرس أشهب[1] حاضر في المجلس، وقال في إيجابه : بعتك هذا الفرس الأدهم، وقبل المشتري صح البيع ولغا وصف الأدهم ، لما تقدم .

وأما إذا كان من غير جنسه فلا عبرة للإشارة ، بل للتسمية والوصف. فلو باع فصاً حاضراً وأشار إليه على أنه ياقوت ، فإذا هو زجاج ، لا ينعقد البيع (رَ : المادة / 208 من المجلة) .

وأما إذا لم توجد الإشارة بل كان التعريف بالتسمية والوصف فقط فإن الوصف معتبر حينئذ، كما لو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب، والحال أنه أدهم[2]، لا ينعقد البيع لازماً بل موقوفاً على رضا المشتري بالبيع .

ثانياً) ـ التطبيق

ومن فروع هذه القاعدة : ما لو حلف لا يدخل هذه الدار ، فدخلها بعدما

1) أشقر بصفرة. (2) أسو.

انهدمت وصارت صحراء يحنث ، لأن الدار هي العرصة ، والبناء وصف فيها ، ففي حال الإشارة إليها يلغو الوصف لعدم إفادته . بخلاف ما لو حلف لا يدخل داراً ، فدخل داراً منهدمة فإنه لا يحنث لأنها عند عدم الإشارة من قبيل الغائب ، فيعتبر فيها الوصف (كما في كتاب الأَيْمان) .

تنبيه :

قولهم في المادة : « الوصف في الحاضر لغو» إنما يجري في البيع والأثمان ، لا في الدعوى والشهادة ، فقد قال صاحب جامع الفصولين : لو ادعى ثوباً وبين طوله كذا ، وبرهن بحضرة الثوب طبق مدعاه ، فذرع الثوب فظهر أن ذرعه أنقص مما بيّن أو أزيد لا تقبل بينته لظهور كذبها . والوصف في الإشارة لغو في البيع والأثمان ، أما في باب الشهادة إذا شهدوا بوصف فظهر بخلاف ما شهدوا لا تقبل ، كما لو ادعى دابة وقال : هذه الدابة التي سنها أربع سنين ملكي ، وشهدوا كذلك ، فظهر أنها أزيد أو أنقص ، لا تقبل لظهور كذبهم ؛ كذا هنا . (ر : جامع الفصولين ، الفصل السادس ، ببعض توضيح) وعزا ذلك فيه إلى فتاوى رشيد الدين ، ونقل قبله وبعده ما بظاهره مخالف له ، وأوّله بما يدفع المخالفة ، ثم قال : ويمكن في مثله روايتان ، ثم اعتمد عدم قبول الشهادة بقوله: وينبغي أن لا تقبل ، لأن الشهادة تختل بالكذب . انتهى ببعض تصرف .

ونقل في جامع الفصولين أيضاً (من آخر الفصل الرابع عشر) عن صاحب المحيط ما هو صريح في ميله إلى عدم القبول أيضاً ، وأقره على ذلك (في الفصلين) صاحب نور العين ، ونقله عنه في فتاوى الأنقروي (أول الباب الثاني من كتاب الشهادات) وأقره ـ ونقل في منهوات الأنقروي عن الثالث من كتاب الشهادات من البزازية نظير ما نقله عن الرابع عشر من الفصولين . ثم نقل عن نوع من الخامس عشر في أنواع الدعاوى من البزازية ما لفظه : إذا خالف سن الدابة الدعوى أو الشهادة بطلت الدعوى والشهادة .انتهى. وعليه فلو ادعى دابة ووصفها بأنها مشقوقة الأذن أو مكوية في المحل الفلاني أو لونها كذا فظهرت سليمة الأذن أو لا كيٍّ بها أو أن لونها مخالف لما وصف مخالفة واضحة ، وبين اللونين بعد ظاهر لا تسمع . وكذلك الشهود لو وقع مثل ذلك في شهادتهم ترد .

هذا ، والظاهر أن مثل البيع والأثمان في كون الوصف في الحاضر لغو فيهما الأيمان ، كما يظهر من فرع الدرر السابق .

وقد رجع «الفصولين» (في الفصل السادس) عما إذا استحضر المدعَى به فوجد مخالفاً لما وصفه به المدعي ، ولكن لما أحضر قال : ادعى هذا ، ولم يقل : هذا الذي أدعيه ، تسمع وعبارته هكذا : ادعى قناً تركيا وبين صفاته وطلب إحضاره ليبرهن ، فأحضر قناً خالف بعض صفاته بعض ما وصفه ، فقال المدعي : هذا ملكي ، وبرهن يُقبل . قال : وهذا الجواب مستقيم فيما لو ادعى أنه ملكه فقال : هذا ملكي ، ولم يزد عليه ، فتسمع دعواه ويجعل كأنه ادعاه ابتداء . فأما لو قال : هذا هو القن الذي ادعيته أولاً لا تسمع ، للتناقض . انتهى (ر : جامع الفصولين 1 / 72 الفصل السادس)

تنبيه :

ينبغي تقييد قولهم : « الوصف في الحاضر لغو » بما إذا لم يكن الوصف المذكور في الكلام هو الباعث على الالتزام كاليمين مثلاً ، فقد نصوا في الأيمان على أنه لو حلف أن لا يأكل من هذا البسر، فأكله بعدما صار رطباً لا يحنث، لأن صفة البسرية داعية إلى اليمين على عدم أكله. وكما لو حلف: لا يأكل من هذا الحصرم، فأكله بعدما صار عنباً، (رَ: التنوير وشرحه ، باب اليمين على الأكل والشرب) .

* * *

القاعدة الخامسة والستون (المادة / 66)

« السؤال معاد في الجواب »

الشرح مع التطبيق

السؤال معاد في الجواب ، فلو قيل : لآخر : طلقت امرأتك ؟ أو هل لفلان عليك كذا ؟ - إشارة لدين سماه - أو هل أوصيتَ بكذا ؟ أو هل بعت الشيء الفلاني من فلان ؟ أو هل آجرته دارك مثلاً ؟ أو قتلت فلاناً ؟ فقال مجيباً بنعم ، فإنه يكون مقراً بما سئل عنه .

ومثل السؤال غيره من ألفاظ الإنشاء . كما لو قالت له امرأته : أنا طالق ، فقال : نعم ، طلقتْ ، أو قال آخر : امرأة فلان طالق ، وعليه المشي إلى بيت الله الحرام إن دخل هذه الدار ، فقال فلان : نعم ، كان حالفاً . وكذا لو قال لآخر : أسرج لي دابتي هذه أو جصص لي داري هذه ، فقال : نعم ، كان إقراراً منه بالدابة والدار .

* * *

القاعدة السادسة والستون (المادة / 67)

« لا ينسب إلى ساكت قول ،لكن السكوت في معرض الحاجة بيان »

الجملة الأولى من القاعدة

أولاً) ـ الشرح

« لا ينسب إلى ساكت » قادر على التكلم غير كائن في معرض الحاجة إلى البيان (كما سيأتي تفصيله . .) ولا مستعين بالإشارة لتفسير لفظ مبهم في كلامه « قول » ، يعني أنه لا يقال لساكت أنه قال كذا . أما غير القادر على التكلم ، والمستعين بالإشارة فسيأتيان في المادة الموفية السبعين وفي الكلام عليها . وأما من كان في معرض الحاجة إلى البيان فسيأتي في الكلام على الجملة الثانية من هذه القاعدة .

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على هذه الجملة الأولى مسائل :

1) ـ منها : ما لو رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت لا يكون سكوته إجازة ، بخلاف ما لو قبضه المشتري بعد ذلك بحضرته وهو ساكت فإنه يكون إجازة كما سيأتي من حاشية الرملي على جامع الفصولين .

2) ـ ومنها : ما لو رأى القاضي الصبي أو المعتوه يبيع ويشتري فسكت لا يكون سكوته إذناً بالتجارة ولو لم يكن لهما ولي .

3) ـ ومنها : ما لو رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون سكوته إذناً بإتلافه .

4) ـ ومنها : ما لو تزوجت المرأة غير كفء فسكت وليها عن طلب التفريق لا يكون سكوته رضا على ظاهر المذهب ما لم تلد ، فإذا ولدت فليس للولي التفريق ، حفظاً للولد عن التشتيت من الزوج . ولكن روى الحسن عن أبي حنيفة أن العقد لا يجوز ؛ وعلى روايته الفتوى .

5) ـ ومنها : ما لو سكتت زوجة العِنّين لا يكون سكوتها رضا ولو أقامت معه سنين .

الجملة الثانية من القاعدة

أولاً) ـ الشرح

« . . . ولكن السكوت » من القادر على التكلم « في معرض الحاجة » إلى البيان « بيان » بشرط أن يكون هناك دلالة من حال المتكلم ، أو يكون هناك ضرورة لدفع الغرر والضرر . يعني أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان .

ثانياً) ـ التطبيق

(أ) يتفرع على دلالة حال المتكلم مسائل :

1) ـ منها : ما لو باع شيئاً فاسداً وسلمه للمشتري ثم عيّب البائع المبيع ينفسخ العقد ويصير بتعييبه له مسترداً ، حتى لو هلك عند المشتري من غير أن يمنعه عن البائع هلك على البائع (الدرر وحاشيته ، من البيع الفاسد ، قبيل قول المتن : وكره البيع عند الأذان الأول) لأن العقد الفاسد معصية يجب على كل من العاقدين رفعها بالفسخ ، فاللائق بحال البائع أن يكون ساعياً وراء رفعها ، فاعتبر فعله التعييب استيلاء على المبيع واختياراً لفسخ العقد ، رفعاً للمعصية ، فإن المبيع فاسداً إذا وصل إلى البائع من جهة المشتري بأي وجه كان يعتبر فسخاً (انظر ما قدمناه في أواخر شرح المادة / 3) .

2) ـ ومنها : سكوت البكر عند استئمار وليها لها قبل التزويج . وكذا

سكوتها إذا بلغها النكاح بعدما زوجها . وسكوتها عند بلوغها بكراً عالمة بتزويجه لها . فإن سكوتها في كل ذلك كصريح القول ، لأن حالتها (وهي استحياؤها عن إظهار الرغبة في الرجال لا عن إظهار عدمها) تدلّ على أن سكوتها مع إمكان تصريحها بالرد ولا حياءَ يمنعها بيان وإفصاح ، ففي الأولى يكون العقد لازماً ، وفي الثانية ينبرم ويلزم بعد وجوده موقوفاً ، وفي الثالثة يسقط خيارها .

3) ـ ومنها : أن سكوت المالك عند قبض الموهوب له ، والمتصدَّق عليه ، والمرتهن ، والمشتري قبل نقد الثمن إذنٌ ، لأن حالته من إقدامه على العقد الموضوع لإفادة حكمه ثم سكوته عند القبض مع قدرته على النهي تدل ، كصريح القول ، على الإذن . وهذا بالنسبة للشراء مقيد بأن يكون البيع باتاً ، أما لو كان البيع وفاءً ، وهو المعبر عنه في بعض الكتب بالبيع الجائز ، فقد نص صاحب البدائع على أنه لو قبض المشتري المبيع جائزاً (أي وفاءً) بحضرة البائع قبل نقد الثمن ولم ينهه لم يجز قبضه قياساً واستحساناً ، حتى كان له أن يسترده . (البدائع 6 / 124 في كتاب الهبة) .

ومثله يقال في سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة إذا قال صاحبه : قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً فإنه يصير كما قال ، لما ذكرنا .

4) ـ ومنها : عقود التعاطي ، وسكوت الساكن عند قول المالك : فرّغها والا فأجرتها كل يوم كذا .

5) ـ ومنها : سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد فإنه تعديل إذا كان المزكي عالماً ، لأن حالته الدينية تدل على أنه لو لم يكن عدلاً لما سكت عنه .

6) ـ ومنها أن الأم لو اشترت للصغير ما لا يحتاج إليه لا ينفذ عليه إلاّ إذا اشترت له من أبيه أو منه ومن أجنبي . اهـ . فقد جعلوا إقدام الأب على الاشتراك في البيع مع الأجنبي إذناً للأم بالشراء للصغير من الأجنبي .

7) ـ ومنها أنه لو اشترى سلعة من فضولي وقبض المشتري المبيع بحضرة صاحب السلعة فسكت يكون رضا (جامع الفصولين بحاشية الرملي 1 / 315 من الباب الرابع والعشرين في الحاشية نقلاً عن فتاوى أمين الدين عن المحيط والبزازية) .

8) ـ ومنها : ما لو سئل عن مجهول النسب هل هو ابنه ؟ فأشار بالإقرار به

ثبت نسبه ، لأن إشارته هذه مع حرصه على صيانة النسب وتمكنه من النفي يقوم مقام القول .

9) ـ ومنها : ما إذا دفعت الأم في جهاز بنتها أشياء من أمتعة الأب والأب يعلم ذلك وهو ساكت فليس له الاسترداد من إبنته .

10) ـ ومنها : أن إنفاق الأم في جهاز بنتها من مال الأب ما هو معتاد والأب ساكت إذن منه ولا تضمن الأم .

(ب) ويتفرع على ضرورة دفع الغرر والضرر مسائل :

1) ـ منها : ما لو أصر المدعى عليه على السكوت حين طلب الحاكم منه الجواب عن دعوى المدعي ، فإنه يعد منكراً (ر : المادة / 1822) دفعاً للضرر عن المدعي .

2) ـ ومنها : سكوت الشفيع حين علم بالبيع ، فإنه تسليم للشفعة ، لأنه إذا لم يجعل تسليماً كان تغريراً للمشتري وإضراراً به : إما بامتناعه عن التصرف أو بنقض الشفيع تصرفه إذا تصرف .

3) ـ ومنها : أن سكوت المدعى عليه عن الجواب بلا عذر يُعَدُّ إنكاراً ، دفعاً للضرر عن المدعي بتأخير حقه .

4) ـ ومنها : أنه إذا وضع رجل متاعه عند رجل وهو يراه فسكت صار مودعاً ، دفعاً للغرر .

5) ـ ومنها : ما لو اشترى ما يتسارع إليه الفساد وغاب قبل القبض ولم ينقد الثمن وأبطأ ، فللبائع بيعه لغيره لرضاه بالفسخ دلالة ، ولدفع الضرر عن البائع (أي لأنه يتلف عليه) . وإذا نقص الثمن لا يرجع على المشتري (رد المحتار ، من متفرقات كتاب البيوع) .

6) ـ ومنها : ما لو اطلع على عيب في المبيع فقبضه أو دفع ثمنه ، فإن ذلك منه إسقاط لحق الرد بخيار العيب ، كما نصوا عليه (في باب خيار العيب من الدر المختار وحاشيته وغيرهما) .

7) ـ ومنها : ما لو آجر الأرض للزراعة ولم يبين ما يزرع فيها ، فالعقد

فاسد ، فإذا زرع المستأجر فيهاوعلم المؤجر بما زرعه وسكت انقلب العقد صحيحاً ولزمت الإجارة ولم يبق للمؤجر حق الفسخ .

8) ـ ومنها : مالو باع المالك العين المغصوبة من الغاصب وهي في يده يكون بيعها له مسقطاً لحق حبسها بالثمن ، فليس له استردادها ليحبسها بالثمن .

9) ـ ومنها : ما في جامع الفصولين من قوله : سكوت البكر عند قبض المزوج لها ، أباً كان أو غيره ، مهرها إذن منها بقبضه ما لم تنهه (ر : جامع الفصولين 2 / 193) .

ثالثاً ـ المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة :

ما ذكره في الدر المختار وحاشيته من أن الزوجين لو شرطا في عقد النكاح تأجيل كل المهر ولم يشترطا الدخول قبل حلول الأجل فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج إلى أن تقبض المهر استحساناً ، وبه يفتى . وعللوه هناك بأن الزوج لما طلب تأجيل كل المهر فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع (حاشية رد المحتار ، قبيل قول المتن : « ولها النفقة والسفر والخروج من بيته بلا إذن ما لم تقبضه ») . فقد عدوه مسقطاً حقه في الاستمتاع بدون قول منه . وسيأتي هذا الفرع أيضاً في الكلام على المادة / 83 .

(تنبيه) :

قد فرعوا على قولهم : السكوت في معرض الحاجة بيان مسائل غير ما ذكرناه لا يظهر تفريعُها لعدمِ نيابة السكوت فيها عن القول : فمن ذلك قولهم :

ـ سكوت المتصدق عليه قبول لا سكوت الموهوب له .
ـ وسكوت الوكيل قبول للوكالة .
ـ وسكوت المفوض اليه الطلاق قبول للتفويض .
ـ وسكوت الموقوف عليه قبول للوقف .
ـ وسكوت المقر له قبول للإقرار .
ـ وسكوت الزوج عند الولادة اعتراف بالنسب .

ـ وسكوت المشتري عند البيع بعد أن أخبر بالعيب رضاً منه به إن كان المخبر عدلاً عند الإمام .
ـ وسكوت أحد شريكي العنان عند قول صاحبه له : إني أريد شراء هذا الشيء لنفسي إذن له .
ـ وسكوت الموكل إذا قال له وكيله بشراء شيء معين : إني أريد شراءه لنفسي إذن له .
ـ وسكوت المالك حين يرى غيره يشق زِقَّه حتى سال ما فيه إذن له .
ـ وسكوت المديون إذا وهبه الدائن الدين أو أبرأه عنه قبول للهبة والإبراء .
ـ وسكوت من حلف : لا ينزل فلاناً في داره ، وهو نازل فيها ، إنزال له .

وكلها غير ظاهرة التفريع :

أما الصدقة فإنها لا تحتاج إلى القبول ، يكفي فيها الإيجاب وقبض المتصدق عليه . وقولهم : « لا الموهوب له » مبني على كون القبول في الهبة ركناً ، والمحرر المقرر خلافه ، فهي حينئذٍ مثل الصدقة .

وأما الوكالة والوقف والإقرار فكذلك لا تحتاج إلى القبول وإن كانت ترتد بالرد .

وأما تفويض الطلاق فكذلك لا يحتاج إلى القبول ، لأنه تعليق من الزوج ، ولذا لا يملك الرجوع عنه .

وأما ثبوت نسب ولد الزوجة فليس بالسكوت ، بل بحكم الفراش القائم بالنكاح .

وأما سكوت المشتري عند البيع بعد إخباره بالعيب ، فإن خيار العيب لا يثبت له إذا كان عالماً بالعيب عند الشراء فكيف يتصور سقوطه بالسكوت .

وأما سكوت أحد شريكي العنان فلأن الشركة عقد غير لازم ، يستقل كل منهما بفسخه ، فقوله : إني أريد شراءها لنفسي رفض للشركة فيها ، وهو لا يتوقف على قبول الآخر .

وأما سكوت الموكِّل بشراء معين ، فلأن الوكيل يملك شراءه لنفسه بشرط إعلام الموكل وقد فعل ، لأنه عزل لنفسه عن الوكالة ، وهو لا يتوقف على القبول .

وأما سكوت من يرى غيره يشق زقه حتى سال ما فيه فلأنه لم يباشر الإتلاف لما فيه ، بل باشر شقّ الزق فقط ، وتلف ما فيه كان بسيلانه مع ترك المالك له ، ولذا قيدوه بما إذا كان يمكن تداركه وإلاّ فيضمن .

وأما سكوت المديون إذا وهبه الدائن الدين أو أبرأه عنه فلأنه إسقاط والدائن يستقل به وأنه كان يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك .

وأما سكوت من حلف : لا ينزل فلاناً في داره ، فكذلك ليست مما نحن فيه ، لأن السكوت قام مقام الفعل وهو الإنزال ، لا مقام القول .

(تنبيه آخر) :

لا تدافع بين ما فرع على الجملة الثانية من هذه القاعدة من أن الأم لو دفعت أشياء من أمتعة الأب في جهاز بنتها والأب يعلم بذلك وهو ساكت فليس له استرداد ذلك من بنته ، وبين ما تقدم في القاعدة (43) من أن الأب لو جهز ابنته ثم ادعى أنه عارية فالقول قول من يشهد له العرف ، والبينة بينة الآخر ، فإنه يفيد أنه لو كان العرف يشهد للبنت بأنه تمليك وأقام الأب البينة على العارية تسمع ويسترد ما دفعه . وبيان عدم التدافع أن المراد هنا بعدم الاسترداد عدمه بمجرد اعتراف البنت أن الأعيان كانت ملك الأب الموجب ذلك للتسليم له ، لا عدمه مطلقاً ، فإن الأب إذا أقام البينة على صريح العارية وقت الدفع كان ذلك مقدماً على استفادة التمليك من دلالة العرف أو السكوت .

(تنبيه آخر) :

من جملة ما فرع على قولهم : « السكوت في معرض الحاجة إقرار وبيان » سكوت القريب أو أحد الزوجين إذا رأى قريبه أو زوجه يبيع شيئاً فإنه اعتراف منه بأنه لا حق له فيه مع أنه ليس هناك دلالة من الحال ولا ضرورة لدفع الغرر والضرر . وتفريعهم له على ما ذكر بناء على ما هو الاستحسان في الفرع المذكور ، قطعاً للتزوير الممكن بين الأقارب أكثر من غيرهم . والقياس فيه أن لا يكون السكوت اعترافاً ، وأن يكون مفرعاً على الجملة الأولى .

(تنبيه آخر) :

قد ينسب إلى الساكت قول في غير معرض الحاجة للبيان أو ضرورة دفع الضرر والغرر . وذلك فيما يبنى من الأحكام على العرف ، كمسائل الأيمان فمن ذلك : ما لو حلف : لا يظهر سر فلان ، أو ليكتمنه ، أو حلف : لا يدل على فلان ؛ فسئل : هل كان سره كذا ؟ أو هل فلان بمكان كذا ؟ فأشار برأسه - أي : نعم - حنث في يمينه .

وكذلك لو حلف : لا يستخدم فلاناً ، فأشار إليه بشيء من الخدمة حنث في يمينه ، سواء خدمه أو لم يخدمه .

وإنما حنث في جميع ذلك لأن الأيمان تبنى على العرف ، وهو في العرف يكون بذلك مفشياً سر فلان ومعلماً به (ر : الحموي على الأشباه ، من كتاب الوصايا) .

* * *

القاعدة السابعة والستون (المادة / 68)

« دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه »

أولاً) ـ الشرح

دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه فيحال الحكم عليه ، ويجعل وجود الدليل وثبوته بمنزلة وجود المدلول وثبوته ، « يعني أنه يحكم بالظاهر » وهو الدليل « فيما يتعسر الاطلاع عليه » وهو الأمر الباطني .

والظاهر أن المراد بالدليل هنا العلامة ، كالنُصُب التي وضعت لتدل على الإذن بالدخول أو على عدمه ، كما تقدم في المادة / 13 ، لا ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر ، لأن ذلك ليس من الظاهر بل من القطعي الذي لا يتخلف .

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل :

أ) ـ منها : أن المشتري إذا اطلع على عيب قديم في المبيع ، فداواه أو عرضه للبيع مثلا كان ذلك رضا منه بالعيب .

ب) ـ ومنها : إذا أوجب احد المتعاقدين فتشاغل الآخر بما يدل على الإعراض من قول أو عمل بطل الإيجاب .

ج) ـ ومنها : أن الملتقط إذا أشهد حين الأخذ وعرّفها كانت أمانة عنده لا تضمن ، وإلا فهي غصب ، لأن القصد لا يوقف عليه .

فمداواته أو عرضه للبيع في الفرع الأول دليل الرضا ، والإشهاد والتعريف في الفرع الثالث دليل قصد الرد على المالك ، وقال أبو يوسف : لو لم يشهد أو لم يعرفهافقال المالك : أخذتها لنفسك ، وقال الآخذ : أخذتها لأردها ، فالقول قول الآخذ بيمينه ، وهو المعتمد .

د) ـ ومنهـا : أن من رأى شيئـا في يد آخـر يتصرف فيه تصرف الملاك بلا معارض ولا منازع ، وكان ممن يملك أمثالُهُ مثلَهُ ، جاز له أن يشهد له بأنه ملكه ، لأن الملك من الأمور الخفية غير المشاهـدة ، وإنما تشاهـد دلائلـه من وضـع اليد والتصرف .

هـ) ـ ومنها : عدم سماع الدعوى فيما إذا تركها المدعي مدة مرور الزمن المقدرة بـ (36) سنة في الوقف ، و بـ (15) سنة في غيره .

وكذا لو كان حاضراً عقد البيع ثم شاهد المشتري يتصرف بالمبيع تصرف الملاك في أملاكهم من هدم وبناء ونحوهما وهو ساكت بلا عذر ، وبعد ذلك جاء يدعي بأن هذا المبيع ملكه ، فإن دعواه أيضا لا تسمع وإن لم يمض عليها مرور الزمن . (رَ : المادتين / 1659 و 1660 / من المجلة) . لأن تركه الدعـوى مدة مرور الزمـن في المسألة الأولى ، وسكوته في الثانية دليل عدم الحق الذي هو من الأمور الخفية .

و) ـ ومنها : القتل العمد ، فإن قصد القتل لا يوقف عليه ، فأقيم استعماله الآلة الجارحة مقام القصد والتعمد (رَ : شرح المادة / 2)

ز) ـ ومنها : إقامتهم الخلوة بالزوجة مقام الوطء في إلزام الزوج كل المهر ، لأن الوطء مما يخفى ، والخلوة الصحيحة دليل عليه فأقيمت مقامه .

ح) ـ ومنها : أن العمال والجباة والتابعين لبيت المال ومتولي الأوقاف وكتبتها إذا توسعوا في الأموال ، وبنوا الأماكن ، وتعاطوا أنواع اللهو كان ذلك دليلا على خيانتهم الباطنة ، فللحاكم حينئذ مصادرتهم بأخذ الأمـوال وعزلهـم . فإن عرف خيانة أرباب الأوقاف في وقف معين رد المال إليه ، وإلا وضعه في بيت المال (رَ : الدر المختار ، قبيل كفالة الرجلين) .

فلينظر الى عدالة هذا الشرع المطهر ، وحزمه وضبطه وسياسته الكافية الكافلة لسعادة الأمة .

ط) ـ ومنها : ردهم شهادة الأجير الخاص لمستأجره ، وشهادة الآباء للأبناء ، والزوج لزوجته ، وعكسه . فقد أقاموا دليل الخيانة من الأموال في الفـرع الأول (رقم ز) ، ودليل المحاباة في الشهادة في الفرع الأخير ، مقام الاطلاع على الخيانة والمحاباة حيث كانت الخيانة والمحاباة من الأمور الباطنة .

ي) ـ ومنها : ما لو دخل رجل معروف بالدعارة على رجل في منزله ، فبادره صاحب المنزل فقتله وقال : إنه دخل علي ليقتلني ، لم يجب القصاص حيث كان الداخل معروفاً بالدعارة (ر : معين الحكام ، القسم الثالث ، الفصل الثالث في الدعاوى بالتهم والعدوان) .

ثالثاً) ـ المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة :

ـ ما لو أدخلت المرأة حلمة ثديها في فم الرضيع ولم يدر أدخل اللبن في حلقه أم لا ؟ فإنه لا يحرم . (ر : ما تقدم في المادة / 9) .

* * *

القاعدة الثامنة والستون (المادة / 69)

« الكتاب كالخطاب »

أولاً) ـ الشرح

« الكتاب » المستبين المرسوم الصادر من الغائب « كالخطاب » من الحاضر .
وكذا الإرسال ؛ حتى إنه يعتبر فيهما مجلس بلوغ الكتاب ومجلس أداء الرسالة .

والتقييد بالمستبين لإخراج غير المستبين ، كالكتابة على الماء أو الهواء فإنها لا تعتبر .

والتقييد بالمرسوم ، وهو ما كان فيه الخط والمخطوط عليه على الوجه المعتاد ، ليخرج غيره :

أما الخط فبأن يكون معنونا بقوله : « من فلان بن فلان الى فلان بن فلان » .
والظاهر أنه في زماننا يكفي أن يكون مذيلا بإمضائه أو ختمه (كما تفيده المادة / 1609) وأن ذلك يغني عن تصديره بقوله : من فلان.

وأما المخطوط عليه فبأن يكون كاغداً ، فلو كتب على الجدار أو ورق الشجر أو على الكاغد ولكن لا على وجه الرسم فإنه لا يكون حجة إلا بالإشهاد عليه أو الإملاء على الغير ليكتبه .

والتقييد بالغائب لإخراج الحاضر ، فإن كتابته لا حكم لها .

ثم اعتبار مجلس بلوغ الكتاب إنما يظهر فيما يتوقف على القبول كالعقود ، وفيما يقتصر على المجلس من غير العقود كتفويض الطلاق . أما فيما يتوقف على العلم فقط كالوكالة فلا يظهر تقييده بالمجلس ، بل يكفي فيه الاطلاع على ما في الكتاب . وأما فيما لا يفتقر الى الاطلاع مما يستقل به الإنسان كالإقرار والطلاق والعتاق والإبراء ،

كما إذا كتب: امرأته طالق، أو عبده حر (بالإضافة الى ياء المتكلم فيهما) فإنه لا حاجة في ذلك الى الاطلاع بل لا الى الإرسال . ولا يتقيد بالغيبة ، ويقع الطلاق والعتاق بمجرد الكتابة نوى أو لم ينو إذا كان مرسوماً .وكذلك لو كتب: إن الدين الذي لي على فلان بن فلان أبرأته عنه صح وسقط الدين . وظاهرة أنه يسقط بمجرد الكتابة أيضاً .

ثانياً) ـ التطبيق

ومن فروع هذه المادة الباب الرابع من كتاب الإقرار من المجلة ، وبدؤه من مادة (1606) الى (1612) .

والفرق بين الكتاب والخطاب ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال : الكتاب أو الخطاب سواء إلا في فصل واحد ، وهو أنه لو كان حاضراً فخاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ثم أجابت في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح ، وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح النكاح ، لأن الغائب إنما صار خاطبا لها بالكتاب ، والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمع الشهود ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر . فأما إذا كان حاضراً فإنما صار خاطبا لها بالكلام وما وجد من الكلام لا يبقى الى المجلس التالي ، وإنما سمع الشهود في المجلس الثاني أحد شطري العقد . اهـ .

* * *

القاعدة التاسعة والستون (المادة/ 70)
« الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان »

الشرح مع التطبيق

« الإشارة المعهودة » أي المعلومة المعتادة « للأخرس » الأصلي ، بعضـو من أعضائه كيده أو رأسه معتبرة « كالبيان باللسان » وقائمـة مقامـه في كل شيء غـير الحدود والشهادة .

وذلك كالنكاح والطلاق والعتاق والبيع والإجارة والهبة والرهـن والإبـراء والإقرار والإنكار والحلف والنكول ، وكذا القصاص في إحدى الروايتـين ، وفي أخرى : هو كالحدود والشهادة لا يثبت بإشارته .

ولا يشترط لاعتبار إشارته عدم علمه بالكتاب على المعتمد (كما في الأشباه ، من أحكام الإشارة) فإذا كان عالماً بالكتابة فكتب ولم يشهد ، أو أشار ولم يكتب فإنه يكون معتبراً ، ولكن شرطوا لإيقاعه الطلاق أن يكون مقروناً منه بتصويت .

وكيفية تحليفه أن يقول له القاضي : عليك عهد الله وميثاقـه إن كان كذا ، فإذا أومأ برأسه نعم يصير حالفاً . ولا يقول له : بالله إن كان كذا ، لأنه لو أشار برأسه بنعم يكون مقراً بالله لا حالفاً به . والظاهر أنه لا بد في تحليفه من إشارة مع اللفظ من القاضي أو جلوازه تفهمه أن ذلك تحليف له .

والاحتراز بالأخرس عن القادر على التكلم، فإن إشارته لا تعتبر إذا كانـت مستقلة إلا في مسائل ، منها : الإسلام ، والكفر ، والنسب ، والإفتاء . وأما إذا لم تكن مستقلة بأن استعان بها على تفسير لفظ مبهم في كلامه ، كما لو قال لزوجته :

أنت طالق هكذا (وأشار بثلاث مثلاً) فيقعن ، بخلاف ما لو قال : أنت طالـق (وأشار بثلاث) فإنه يقع واحدة .

والاحتراز بالأصلي عن العارض، وهو معتقل اللسان، فإنه لا تعتبر إشارته إلا إذا اتصل بعقلته الموت ، أو دامت سنة ، فحينئذ تعتبر إشارته المعهودة ، وإلا فلا . اهـ .

* * *

القاعدة السبعون (المادة / 71)
« يقبل قول المترجم مُطْلَقاً »

« يقبل قول المترجم » الواحد في الدعاوى والبينات وما يتعلق بها « مطلقاً » . أي في أي نوع كان منها ، ولو في الحدود والقود.

شرائطه :

أولا) ـ يشترط أن يكون المترجم في الحدود والقود رجلاً ، فلو كان امرأة لا يقبل .

ثانياً) ـ ويشترط أن يكون المترجم مطلقاً ولو في غير الحدود عدلاً ، فلو كان فاسقاً لا يقبل ولو كان أكثر من واحد . وكذا لو كان مستوراً ، فإن خبره ـ كخبر الفاسق ـ لا يقبل وإن كان متعدداً إلا في عشر مسائل يكتفى فيها بأحد شطري الشهادة : العدد والعدالة ، فيقبل فيها خبر المستورين كالفاسقين ، وهي :

١ ـ ٣) ـ عزل الوكيل ، والمتولي ، والقاضي .
٤) ـ وحجر المأذون .
٥) ـ وفسخ الشركة .
٦) ـ وإخبار البكر بالنكاح .
٧) ـ وإخبار الشفيع بالبيع .
٨) ـ وإخبار المسلم الذي لم يهاجر بالشرائع .
٩) ـ وإخبار المشتري بالعيب .
١٠) ـ وإخبار السيد بجناية عبده.

(رَ : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، كتاب القضاء ، مسائل شتى) .

فلو أخبر بهذه واحد عدل ، أو اثنان ولو فاسقين يقبل .

ثالثاً) ـ ويشترط أن يكون عارفاً باللغتين : المترجم عنها والمترجم إليها معرفة كافية ، ليكون مأمون الخطأ .

رابعاً) ـ ويشترط أن يكون بصيراً ، لأنه لو كان أعمى لا يؤمن عليه اشتباه النغمات ، فلا تقبل ترجمته عند أبي حنيفة ، خلافاً لأبي يوسف (رَ : البحر ، من كتاب الشهادات) .

خامساً) ـ ويشترط أن الحاكم غير عالم بلغة الخصوم ، فلو كان الحاكم يعلم لغة الخصوم لا يقبل قول المترجم .

تنبيه :

جاء في حاشية الشرنبلالي على الدرر (في الشهادات من باب القبول وعدمه ، عند الكلام على شهادة الأعمى) ما هو كالصريح في أن ترجمة الأعمى تقبل عند الكل .وظاهره أنها تقبل عند أبي حنيفة وأصحابه ، وعزاه إلى الفتح ، وهو مخالف لما نقلناه عن البحر من أنها لا تقبل عند أبي حنيفة . ولدى مراجعة الفتح وجدت عبارته (تحت قول الهداية : وقال زفر ـ وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى : تقبل « أي شهادة الأعمى » فيما تجوز فيه بالتسامع ، لأن الحاجة فيه للسماع ولا خلل في سمعه) هكذا : « وهو قول الشافعي ومالك وأحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري ، وتقبل الترجمة عند الكل » ا. هـ . وعبارته كما ترى ليست قطعية في أن المراد بالكل أبو حنيفة وأصحابه ، بل الأقرب أن يكون المراد من « الكل » كل من عددهم هو من الشافعي ومن بعده ، أو يراد بالكل ما يشمل الإمام ولكن بناء على الرواية التي حكاها عنه صاحب الهداية ، كما نقلناه عنه أعلاه .

تنبيه :

اتخاذ المترجم وقع قديماً في الجاهلية والإسلام . واستعمله النبي ﷺ ، فإنه لما جاءه سلمان الفارسي رضي الله تعالى عنه ترجم يهودي كلامه فخان فيه فنزل جبريل عليه السلام بذلك ، فأمر النبي ﷺ زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه أن يتعلم العبرانية ، فكان يترجم بها للنبي ﷺ .

(تنبيه آخر) :

قبول ترجمة الواحد العدل هي إحدى المسائل الاثنتي عشرة التي لا يقبل فيها إلا خبر العدل ولو واحداً ، نظم ابن وهبان منها إحدى عشرة في منظومته فقال :

ويقبل عدل واحد في تقوم وجرح وتعديل وأرشٍ يقدَّر
وترجمةٍ والسَّلم هل هو جيد وإفلاسِه ، الإرسالِ ، والعيب يظهر
وصومٍ على ما مرّ ، أو عند علّةٍ وموتٍ إذا للشاهدين يخبِّر

والثانية عشرة : أمين القاضي إذا أخبره بشهادة شهود على عين تعذر إحضارها (ر : الدر المختار ، الشهادات)

ونظم بعضهم ست مسائل يصح أن يشهد بها من غير أن يراها ويقف عليها فقال :

افهم مسائل ستة وأشهد بها
من غير رؤياها وغير وقوف
نسب ، وموت ، والولاد ، وناكح ،
وولاية القاضي ، وأصل وقوف

(تنبيه آخر) :

تارة لا يشترط في الإخبار عدد ولا عدالة ، وذلك فيما لا إلزام فيه ، كالإخبار بالوكالة فإنها تثبت بإخبار واحد حراً كان أو عبداً ، عدلاً أو فاسقاً ، صبياً أو بالغاً ، صدّقه الوكيل أو كذبه (ر : أحكام الصغار ، مسائل الوكالة ، صفحة / 280) خلافاً لما نقله في رد المحتار (من كتاب الشهادات) عن غاية البيان من تساوي الإخبار بالتوكيل والإخبار بعزل الوكيل ، في أنه يشترط تصديق المخبر إذا كان فاسقاً ، مع ان الإخبار بالتوكيل لا إلزام فيه ، فإن الوكيل لا يجبر على فعل ما وكل به ، والإخبار بالعزل فيه إلزام الوكيل بالامتناع عن التصرف وهو حجر عليه .فلذا شرط فيه ـ كبقية المسائل العشر ـ العدد أو العدالة ، لما فيها من الإلزام أيضاً . وكالإخبار بطريق الرسالة ولو فيما فيه إلزام كالمسائل العشر المتقدمة ، فإنه لا يشترط فيه أيضاً عدد ولا عدالة (ر : الدرّ وحاشيته ردّ المحتار ، كتاب الشهادات) .

وتارة يشترط في الإخبار أحد شطري الشهادة : العدد والعدالة ، ولفظ

الشهادة . وذلك كما إذا عاين الشاهدان نكاحاً أو عاينا بيع عبد ، أو جريمة قتل ، أو عاينا واحداً يتصرف في شيء تصرف الملاك ، فلما أرادا أن يشهدا شهد عندهما عدلان بأن الزوج طلق الزوجة ثلاثا ، أو أن البائع أعتق العبد المبيع قبل البيع ، أو أن ولي القصاص عفا عنه بعد القتل ، أو أن الشيء المتصرف به هو لفلان آخر . فلا يحل لهما أن يشهدا بشيء من ذلك . ويشترط في إخبار العدلين لهما بذلك لفظ الشهادة ، ذكر ذلك في الفتاوى البزازية ، (في كتاب الشهادة عند قوله : « ولا يشترط في المخبر بالموت لفظ الشهادة ») .

وتارة يشترط العدد والعدالة ، ولكن بدون لفظ الشهادة . كما لو ادعى الزوج الإعسار ، والزوجة يساره ، فالقول قول الزوج والبينة بينتها ، ولا يشترط في هذه البينة لفظ الشهادة (ر : رد المحتار ، من كتاب النفقات ، قبيل قول المتن : « ولو له أولاد لا يكفيه خادم واحد » .

وكما لو أخبر اثنان من الورثة بوارث ، فإن كانا عدلين شاركهما وشارك البقية من الورثة المنكرين ، حتى إنه يطالبه بديون الميت ، أما لو كان المخبر واحداً فإنه يشاركه في حصته فقط (ر : الدر ورد المختار ، من فصل ثبوت النسب) .

وكما لو وقع التخاصم في كفاءة الزوج بينه وبين ولي الزوجة ، فأقام الولي شاهدين بعدم الكفاءة ، أو أقام الزوج شاهدين على الكفاءة ، فإنه لا يشترط في كلا الشاهدين لفظ الشهادة (ر : رد المحتار ، كتاب النكاح ، من باب الولي ، قبيل قول المتن : « ولا تجبر البالغة البكر على النكاح ») .

وكما في التزكية العلنية ، فإنه يشترط لها جميع شروط الشهادة إلا لفظ الشهادة إجماعاً ، كما يستفاد ذلك مما نقله في رد المحتار من كتاب الشهادات عن البحر عند قول المتن : « كفى واحد للتزكية ») .

* * *

القاعدة الحادية والسبعون (المادة / 72)

« لا عبرة بالظن البين خطؤه »

أولاً) ـ الشرح

« لا عبرة » أي لا اكتراث ولا مبالاة « بالظن البين خطؤه » بل يلغى ويجعل كأن لم يكن ، سواء أكان الخطأ ظاهراً ومبيناً للحال ، أو كان خفياً ثم ظهر بعد ، كما سيتضح من الفروع الآتية :

ثانياً) ـ التطبيق

مما فرع على هذه القاعدة :

أ) ـ ما لو أقر بالطلاق بناء على إفتاء المفتي له بالوقوع ثم تبين عدمه لم يقع ديانة .

ب) ـ ومنه : ما لو تكلمت زوجته فقال : هذا كفر ، وحرمت عليّ . ثم تبين أن ذلك اللفظ ليس بكفر لا تحرم .

ج) ـ ومنه : ما لو ادعى أن له عليه ديناً أو حقا فصالحه عنه على بدل . ثم تبين أن الدين لم يكن عليه أو أن الحق لم يكن ثابتاً كان له أن يسترد البدل ، ولكن يشترط في ذلك أن يكون الصلح لا عن إقرار وأن يكون تبيُّن عدم ثبوت الدين أو الحق بغير إقرار المدعي قبل الصلح بأنه لا حق له قبله . فلو كان الصلح عن إقرار أو أثبت المدعى عليه أن المدعي كان أقر قبل العقد الصلح أنه ليس له على المدعى عليه دين أو حق فإنه لا يبطل الصلح ولا يسترد المدعي عليه البدل ، لأنه يحتمل أنه لم يكن موجوداً عند الإقرار ثم وجد بعده وصولح عنه فلينظر في المحل الذي حررنا فيه

هذا الحكم من شرح القواعد ، هو مذكور في شرح القاعدة الرابعة : « اليقين لا يزول بالشك » .

د) ـ ومنه : ما لو ظن أن للآخر عليه ديناً فقضاه إياه ثم تبين له عدمه رجع بما دفع

هـ) ـ ومنه : ما لو دفع نفقة فرضها القاضي عليه . ثم تبين عدم وجوبها رجع بها .

و) ـ ومنه : ما لو ادعى عليه ألفاً مثلاً ، فقال المدعى عليه للمدعي: إن حلفت أنها لك عليَّ أدّيتها لك ، فحلف ، فأداها له المدعى عليه ظناً منه أنها لزمته بحلف المدعي استردها منه .

ز) ـ ومنه : ما لو أتلف مال غيره يظنه ماله ضمنه . (ر : المادة / 914 / من المجلة) .

ح) ـ ومنه : قول الفقهاء المشهور : **كل من دفع ما ليس بواجب عليه على ظن وجوبه فله استرداده قائماً** ، أو استرداد مثله أو قيمته هالكاً ، كما لو دفع الأصيل الدين بعد أن دفعه وكيله أو كفيله وهو لا يعلم ، فإنه يسترده . وكذا لو دفع الوكيل أو الكفيل وكان الأصيل قد دفع فإنه يسترد . وكذا لو دفع الكفيل الدين ثم تبين له فساد الكفالة فإنه يرجع بما دفع ، وذلك كما لو كان لاثنين على آخر دين مشترك ، فكفل أحدهما لصاحبه نصيبه من الدين لم تجز تلك الكفالة . فلو دفع نصيب صاحبه فإنه يرجع عليه (ر : الفصل / 30 / من جامع الفصولين صفحة / 72) . وكذا لو كفل وكيل البيع الثمن لموكله لم تجز تلك الكفالة ، فلو دفع الثمن لموكله رجع عليه به (ر : الفصل / 30 / من جامع الفصولين ، صفحة / 73) . وأما إذا لم يكن الدفع على ظن الوجوب ، بل كان تبرعاً ، بأن كان على وجه الهبة أو الصدقة فلا رجوع ، إلا في الهبة إذا كان الموهوب قائماً بشروطه . ولو كان الدفع لا على سبيل التمليك كان وديعة فيسترد .

ط) ـ ومما يتفرع عليها ما لو دفع القصار الى المالك ثوب غيره فأخذه على ظن أنه له ضمن ، لما مر (أي من أنه أخذ ثوبا بلا أمر ربه) والجهل فيه ليس بعذر (ر : جامع الفصولين ، الفصل الثالث والثلاثين ، من بحث ضمان القصار ، الجلد الثاني ، صفحة / 182) . وكذا ما في المحل المذكور عقب ما تقدم : طلب ثوبه من

قصار ، فقال : دفعت ثوبك الى رجل ظننت أنه ثوبه ، ضمن القصار . كثيابيّ حمام سلم اليه رجل ثيابه ليحفظها ، فقال الثيابي : خرج رجل ولبس ثيابك فظننت أنها له ضمن .

ثالثاً) ـ المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة :

ـ ما لو دخل رجل الحمام وقال للحمّامي : احفظ الثياب ، فخرج ولم يجد ثيابه ، فقال الحمامي : إني رأيت أحداً رفع ثيابك إلا أني ظننت أن الرافع أنت ، لا يضمن ، إذ لم يترك الحفظ لما ظن أن الرافع هو (ر : جامع الفصولين ، الفصل / 33 / في أحكام ضمان الحمامي والثيابي ـ ملخصاً) . لكنه ذكر بعد ذلك أن الضمان هو الأصح ، فيكون عدم الضمان على مقابله (ر : صفحة / 187 من جامع الفصولين) .

(تنبيه) :

خرج عن هذه القاعدة مسألة ، وهي : ما إذا اشترى منقولاً فجاء آخر وطلبه بالشفعة وظن المشتري أن الشفعة تجري في المنقول فدفعه له وقبض منه الثمن . ثم علم أن الشفعة لا تجري في المنقول لا يملك استرداده وانعقد بيعاً بالتعاطي .

* * *

القاعدة الثانية والسبعون (المادة / 73)

« لا حجة مع الاحتمال »

أولاً) ـ الشرح

« لا حجة » أي لا برهان مقبول ولا احتجاج مسموع « مع » قيام « الاحتمال » وانتصابه على أن ما قامت عليه الحجة ليس خالياً من التهمة ، فإن التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله (ر : تأسيس النظر صفحة / 19) . لكن هذا في الاحتمال الناشيء عن دليل .

ثانياً) ـ التطبيق

« مثلاً : لو أقر أحد لأحد ورثته بدين » أو عين « فإن كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدقه باقي الورثة » ولو في حياة المورث أو يجيزوه بعد موته « وذلك لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الإقرار حرمان سائر الورثة مستند إلى دليل » وهو « كونه في المرض » .

ونظير ذلك : ما لو وكل آخر بشراء شيء فشراه ولم يبين أنه شراه لنفسه أو لموكله ، ثم بعد أن تلف المشري بيده أو حدث به عيب قال : إني كنت شريته لموكلي ، لا يصدق .

وكذلك لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله ، أو اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه لا يصح فيهما .

وكذلك لو باع الوكيل بالبيع مال موكله ، ولو بثمن المثل ، ممن لا تقبل

شهادتهم له كأبويه وأولاده وزوجته بدون تفويض من الموكل (ر : المادة / 1486 و 1488 و 1496 و 1497 من المجلة) .

وكل ذلك لتمكن احتمال التهمة في فعل الوكيل ، وقيام الدليل على ذلك الاحتمال« وهو أن يكون الحامل له في الفرع الأول على طرحه على الموكل هلاك المبيع أو تعيبه ، وفي بقية الفروع حب الأثرة الحامل على المحاباة لنفسه أو لمن لا تقبل شهادته له » .

ومنه : ما لو باع المريض (مرض الموت) ماله من وارثه ، ولو بأضعاف قيمته ، لم يجز عند ابي حنيفة « إلاّ أن يجيز الورثة » لأنه متهم ، لجواز أنه أراد إيثاره على سائر الورثة بعين من أعيان ماله .

ومنه : ما لو أقرّ المريض لامرأته بأنه كان طلقها في صحته وانقضت عدتها ، وصدقته المرأة ، ثم أوصى لها بوصية ، أو أقر لها بدين ، ثم مات ، فلها الأقل من الميراث ومبلغ الوصية أو الدين المقر به عند أبي حنيفة ، لدليل احتمال التهمة في إقراره .

ومنه : ما لو باع شيئاًوسلمه ، وقبل أن يقبض ثمنه اشتراه من لا تقبل شهادته له من المشتري بأقل من الثمن الأول . لا يجوز شراؤه عند أبي حنيفة ، لقيام دليل التهمة في ذلك .

ومنه : ما لو شهد الوصي الوارث الكبير بدين على الميت لا تقبل شهادته عند ابي حنيفة ، لمكان التهمة (ر : تأسيس النظر ، للدبوسي . وفيه فروع أُخر تنظر هناك) .

أما إذا لم يكن ذلك الاحتمال ناشئاً ولا منبعثاً عن دليل ، بل عن مجرد توهم وحدس ، فلا يقاوم الحجة ولا يقوى على معارضتها ، إذ لا عبرة بالاحتمال إذا لم يكن ناشئاً عن دليل (ر : توضيح التنقيح ، لصدر الشريعة ، من بحث العام) . وذلك بأن (كان الإقرار) في مثال المادة واقعاً (في حال الصحة) (جاز واحتمال ارادة) المقر (حرمان سائر الورثة حينئذٍ من حيث إنه احتمال مجرد ونوع من التوهم لا يمنع حجية الإقرار) ا هـ .

* * *

القاعدة الثالثة والسبعون (المادة / 74)

« لا عبرة للتوهم »

أولاً) ـ الشرح

« لا عبرة للتوهم » أي لا اكتراث به ولا يبنى عليه حكم شرعي ، بل يعمل بالثابت قطعاً أو ظاهراً دونه .

فلو أثبت الورثة إرثهم بشهود قالوا : لا نعلم له وارثاً غيرهم يقضى لهم ، ولا عبرة باحتمال ظهور وارث آخر يزاحمهم ، لأنه موهوم .

وكذلك لو أثبت الغرماء ديونهم بشهود قالوا : لا نعلم له غريماً غيرهم فإنه يقضى لهم في الحال ، ولا عبرة لما عساه يظهر من الديون ، لأنه وهم مجرد .

وكذلك لو كان للدار المبيعة شفيعان ، غائب ، وطلب الحاضر الشفعة ، فإنه يقضى له بها عند تحقيقها ، ولا يتأخر حقه لما عساه يحدث من طلب الشفيع الآخر عند حضوره ، لأنه موهوم .

وكذلك لو كان لزيد جدار ملاصق لدار جاره فأراد أن يفتح فيه كوة فوق قامة الرجل فله ذلك ، وليس لجاره منعه عن فتحها بحجة أنه يطل على مقر نسائه إذا استعلى على شيء ، لأنه موهوم .

وكذلك لم يجوزوا الرهن بالدرك (كما في رهن « الدرر » وغيرها) لأن استحقاق المبيع أمر موهوم . بخلاف الرهن بالدين الموعود فإنه صحيح ويضمن ضمان الرهن (ر : الدر المختار وغيره ، كتاب الرهن) لأن الدين الموعود ليس موهوماً . بل متوقع الحصول ، فكذلك المشتري بخيار لو أعطى بالثمن رهناً جاز (ر : جامع الفصولين ، الفصل الخامس والعشرين ، صفحة / 333) . وذلك لأن الإجازة متوقعة الحصول لا متوهمة .

وكذلك إذا قامت البينة المعدلة على أحد بحق وجب الحكم بها فوراً لذي الحق ويفسق الحاكم بتأخيره (كما في أوائل كتاب الشهادات من الدر وغيره) وإن كان من المحتمل كذب الشهود والمعدلين ، لأن هذا الاحتمال مجرد توهم لا دليل عليه .

وكذلك يكتفى في تعريف الشهود عليه إن كان غائباً عن مجلس الحكم بذكر اسمه واسم أبيه وجده ، واحتمال مشاركة سواه له في اسمه واسم أبيه وجده مجرد توهم لا عبرة له .

التوهم : هو إدراك الطرف المرجوح من طرفي أمر متردد فيه . والأمر الموهوم يكون نادر الوقوع ولذلك لا يعمل في تأخير حق صاحب الحق ، لأن الثابت قطعاً أو ظاهراً لا يؤخر لأمر موهوم ، بخلاف المتوقع فإنه كثير الوقوع ، فيعمل بتأخير الحكم ، كما جوزوا للحاكم تأخير الحكم للمدعي بعد استكمال أسبابه لرجاء الصلح بين الأقارب ، وما ذاك إلاّ لأنه متوقع بخلاف غيرهم .

وكما إذا ادعى ديناً على ميت بمواجهة أحد الورثة فأقر الوارث ، أو ادعى ديناً بوكالة أو وصاية ، فأقر المدعى عليه بالوكالة أو الوصاية . أو ادعى المستحق على المشتري العين المبيعة أنها ملكه ، فأقرّ المشتري له بالملك جاز تأخير الحكم إلى إقامة البينة ، دفعاً للضرر المتوقع بإنكار الموكل الوكالة أو الوارث الوصاية ، ولأجل التعدي على المدعى عليه من المدينين ، ولأجل التعدي لبقية الورثة في دعوى الدين على الميت ، وللتعدي للبائع وتمكن المشتري من الرجوع عليه في دعوى الاستحقاق ، لأن الانكار متوقع .

لا تكرار فيما يظهر بوضع هذه المادة بعد المادة / 72 فإن (الظن) هو إدراك الطرف الراجح ، و (الوهم) إدراك المرجوح ، ولكن يمكن أن يقال : إن حكم هذه يفهم من تلك بالأَوْلى . وليس كذلك لأن المادة / 72 / موضوعة فيما إذا تبين خطأ الظن فجزم بعكسه فلا يفيد حكم هذه بالأولى .

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على هذه المادة :

أ) ـ ما لو دفع ماله مضاربة لرجل جاهل جاز أخذ ربحه ما لم يعلم أنه اكتسب الحرام . (ر : الدر المختار ، آخر متفرقات كتاب البيوع) .

ب) ـ وكذلك لو ادعى ثمنين أو ثلاثة أثمان بسبب بيع هذا الشيء منه لا يجب إلاّ ثمن واحد وإن احتمل أنه باع ثم اشترى ثم باع ، فإنه لا يعتبر هذا الاحتمال (ر : جامع الفصولين ، الفصل الموفي عشرين ج / 1 صفحة / 230) .

ثالثاً) ـ المستثنى

خرج عن القاعدة المسطورة ما لو استأجر مبانته لإرضاع ولده منها ، ثم تزوجها ، لا تبطل الإجارة وإن كانت لم يبق لها من فائدة متيقنة ، وذلك لأن الحكم (أي حكم العقد) وهو هنا لزوم الأجر للمستأجر ، وإن كان لا يثبت ابتداء بوهم الفائدة [1] لكنه يبقى ما بقي توهم الفائدة ، وتوهم الفائدة هنا ثابت بأن يطلقها بعد ذلك فتظهر حينئذٍ فائدتها (ر : أحكام الصغار ، آخر مسائل الإجارة) .

ومن هذا القبيل ما لو انهدم بناء الدار المأجورة كله فإن الإجارة لا تبطل وإن سقطت الأجرة ، لأن توهم الفائدة بإعادة البناء ثابت . حتى لو بناها المؤجر والمدة باقية لم تنقض بعد ظهور فائدتها ولزمت المستأجر الأجرة لما بقي من المدة (ر : البدائع ، كتاب الإجارة ، وغيره) .

ويتفرع عليها: ما لو آجر مشاعاً فإنه لا يصح سواء كان يقبل القسمة أو لا . ولكن لو طرأ الشيوع بعد العقد بأن آجر عقارا بتمامه ثم استحق جزء منه شائع أو تفاسخ العاقدان الإجارة في بعض شائع منه تبقى الإجارة في الباقي وإن كان شائعاً .

وخرج عنها أيضاً ما في حاشية الرملي على جامع الفصولين (من الباب الرابع والعشرين صفحة / 317 نقلاً عن المجتبى) من أن المشتري من الفضولي لو دفع الثمن له على رجاء إجازة المالك ، ثم أراد استرداده منه لم يملك ذلك . اهـ . أي لم يملك استرداده قبل أن يفسخ المالك البيع ، فقد منعوه عن استرداد الثمن مع أن الإجارة موهومة الحصول .

ومن هذا القبيل منعهم أن يرجع الباعة بعضهم على بعض الثمن (إذا ظهر المبيع مستحقاً) قبل أن يفسخ المستحق البيع أو يقضي القاضي بالرجوع بالثمن ،

---

(1) وذلك كما إذا استأجرها لارضاع ولده منها وهي زوجته لا تصح الاجارة بناء على توهم ثبوت فائدة لها ، بأن يطلقها فتصبح اجنبية عنه ، ولكن لو استأجرها وهي مطلقته ثم تزوجها لبقاء العقد توهم ثبوت الفائدة بأن يطلقها بعد ذلك .

لأنه بالاستحقاق ظهر أن عقود الباعة كانت بالفضول وإنها تقبل الإجارة . وفي عقد الفضولي لو دفع المشتري الثمن له لا يملك الاسترداد قبل انفساخ العقد فما لم ينتف احتمال الإجارة بفسخ المستحق أو بقضاء القاضي بالرجوع لا يرجع الباعة بالثمن . (ر : رد المحتار ، من الاستحقاق) .

وخرج عنها أيضاً ما لو دفع المديون الدين إلى فضولي على رجاء أن يجيز المالك فليس له أن يسترده منه لاحتمال الإجازة (انتهى ملخصاً ، ر : جامع الفصولين ، الفصل الرابع والثلاثين ، صفحة / 201 برمز فتاوى رشيد الدين وبرمز المنتقى) . ثم رمز للهداية بأن له أن يسترده منه ، ولا يقوى كلام الهداية على معارضة كلام المنتقى لأنه من كتب ظاهر الرواية ، والوجه يشهد له أيضاً، فإن الفضولي قبض فضولاً عن الدائن رجاء الإجازة منه لقبضه ولم يقبض بطريق الوكالة عن المديون ليدفع إلى الدائن ، ولو كان قبضه بطريق الوكالة عنه لم يكن فضولياً ، فحيث كان قبضه عن الدائن رجاء الإجازة لم يكن للدافع حق استرداد ما دفعه إليه . هذا ما ظهر لي .

* * *

القاعدة الرابعة والسبعون (المادة / 75)

« الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان »

الشرح مع التطبيق

« الثابت بالبرهان » المراد به ما عليه اصطلاح الفقهاء ، وهو البينة الشخصية العادلة « كالثابت بالعيان » وهو المشاهدة . فكما أن الأمر المشاهد بحاسة البصر لا يسع الإنسان مخالفته فكذلك ما ثبت بالبينة المزكاة لا تسوغ مخالفته ، لأن البينة كاسمها مبينة ، فإذا ثبت بالبينة إقرار المدعى عليه بالمدعى مثلا يحكم عليه بمنزلة ما إذا أقر بالحضرة والمشاهدة .

وكذلك إذا ثبت الدين المدعى أو البيع أو الكفالة أو الغصب أو الملك مثلا بالبينة ، فإنه يحكم به بمنزلة ما إذا شوهد بالحسّ .

تنبيه :

يفترق ما ثبت بالبينة عما ثبت بالحس والمشاهدة في شيء واحد ، وهو أن ما كان قائماً مشاهداً لا تسمع دعوى ما يخالفه ولا تقام البينة عليه ولا على الإقرار، كما إذا ادعى على آخر أنه قتل مورثه ، وهو حي ، أو أنه قطع يده ، وهي قائمة ، بخلاف ما كان أمراً منقضياً وثبت بالبينة ، فإنه تسمع دعوى ما يخالفه . كما إذا ادعى عليه ديناً مثلا فأثبته بالبينة فادعى عليه المدعى عليه أنه أقر بأن لا شيء له عليه تسمع .

المستثنى

يستثنى من القاعدة : ما لو أنكر المدعى عليه المال وحلف بالطلاق على ذلك ، فأقام المدعي شاهدين شهدا بإقراضه له لم يحنث (رَ : جامع الفصولين ، آخر الفصل الرابع عشر) . وقد وقع في جامع الفصولين : « شهدا بإقراره » وهو غلط من الطبع ، وصوابه : « بإقراضه » ووجه الفرع انه بالشهادة على الإقراض لم يتحقق قيام الدين حين الحلف ، كما يعلم من المحل المذكور . انتهى.

* * *

القاعدة الخامسة والسبعون (المادة /76)

«البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»

الشرح مع التطبيق

« البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » هذا لفظ حديث نبويّ شريف ، رواه الترمذي والبيهقي.

والحكمة فيه أن جانب المدعي ضعيف ، لأنه يدعي خلاف الظاهر ، فكانت الحجة القوية واجبة عليه ليتقوى بها جانبه الضعيف ، والحجة القوية هي البينة . وجانب المدعى عليه قوي ، لأن الأصل عدم المدعى به ، فاكتفي منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين .

وهذا أصل لا يعدل عنه ، حتى لو اصطلح المتخاصمان على أن المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال ، وحلف المدعي لم يضمن خصمه .

وتحليف المدعي والشاهد أمر منسوخ لا يعمل به ، ولكن لما غلب الفسق في زماننا اختار القضاة استحلاف الشهود لتحصيل غلبة الظن ، فلا ترد اليمين على مدّعٍ ، ولا يقضى بشاهد ويمين عندنا ، خلافاً لسيدنا الإمام الشافعي فيهما .

ثم إن التحليف يكون بالله تعالى ، ولكن يحلف النصراني بالذي أنزل الإنجيل على عيسى ، واليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى ، والمجوسي بالله الذي خلق النار . فلا يحلف المسلم بالطلاب ولا بالله ما هي زوجته إلا في مسألة واحدة ، وهي ما لو ادعت امرأة على رجل نكاحها وأنكر فإنه يحلف بالله ما هي زوجة له ، وإن كانت زوجة له فهي طالق بائن . قالوا : وإنما حلفناه بالطلاق ، لجواز أن يكون كاذباً في الحلف ، فلو لم يحلف بالطلاق تبقى المرأة معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة ، فلا تتمكن من التزوج بآخر ، لأن جحود النكاح ليس بطلاق (رَ : جامع الفصولين ، الفصل العشرين ، والرابع عشر من نكاح البزازية) .

تنبيه :

يشترط للقضاء بالبيّنة حضور الخصم بنفسه ، أو حضور نائب عنه عند أداء الشهود الشهادة إذا كان الخصم تحت ولاية الحاكم ، وإذا لم يكن تحت ولاية الحاكم فسمعها وكتب بها للحاكم الذي كان المدعى عليه تحت ولايته ، فيشترط للقضاء بها تلاوتها من طرف الحاكم المكتوب اليه على المدعى عليه أو نائبه ، لأنه لا يقضى على غائب ولا له من غير حضوره أو حضور نائب عنه (رَ : الدر المختار باب كتاب القاضي إلى القاضي) إلا في بعض مسائل تسمع فيها البينة بدون حضور الخصم ولا حضور نائب عنه .

ومنها : ما لو اشترى منقولاً ، وقيد بالمنقول إذ العقار لا يبيعه القاضي (الدر المختار ، من المحل المذكور سابقاً) . وغاب قبل ان ينقد ثمنه ويقبضه وجهل مكانه فأقام بائعه بينةً » شهدت لدى الحاكم بذلك فإن الحاكم يبيعه ويدفع للبائع الثمن ، فإن زاد شيء حفظه للمشتري ، وان نقص شيء يبقى دينا على الغائب يستوفيه البائع منه إذا ظفر به (رَ : الدر المختار ، من متفرقات كتاب البيوع) وذكر في معين الحكام ، قبيل فصل في الشهادة في الوصية بعد الموت ، أن القاضي يستوثق من البائع بكفيل . ونقل في رد المحتار عن البحر توجيه القضاء بالبينة هنا من غير حضور الخصم بأن السلعة في يده وقد أقر بها للغائب على وجه تكون مشغولة بحقه . انتهى .ثم قال: قال في الخامس من الفصولين (رمز له في جامع الفصولين بعلامة الفتاوى الصغرى للصدر الشهير) : الخصم شرط لقبول البينة لو أراد المدعي أن يأخذ من يد الخصم الغائب شيئا أما إذا أراد أن يأخذ حقه من ثمن مال كان للغائب في يده ، فلا يشترط ولا يحتاج لوكيل لهذه المسألة .

وكذا لو استأجر إبلاً إلى مكة ذاهباً وجائياً ودفع الكراء ومات رب الإبل في الذهاب فانفسخت الإجارة فله أن يركبها ولا يضمن ، وعليه أجرتها الى مكة فإذا أتاها ورفع الأمر الى القاضي فرأى بيعها ودفع بعض الأجر الى المستأجر جاز . وعلى هذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة ، فرفع المرتهن الأمر إلى القاضي ليبيع الرهن ينبغي أن يجوز كما في هاتين المسألتين . انتهى ، وأقره في البحر » انتهى كلام رد المحتار . أقول : وأقره في نور العين أيضاً .

وظاهره أنه في المسألتين (مسألة استئجار الإبل ، ومسألة الرهن) لا بد من إقامة البينة لدى القاضي على ما ذكر ليجيبه القاضي إلى طلبه كما في المسألة الأولى .

ثم هذه البينة إنما تقام لا لأجل القضاء على الغائب ، بل لنفي التهمة وانكشاف الحال (رَ : رد المحتار ، من المحل المذكور عن الزيلعي) .

ومن هذا القبيل ما جاء في الدر المحتار وحاشيته ، من خيار الشرط ـ عند قول المصنف والشارح : « فإن فسخ » بالقول « لا » يصح « إلا إذا علم » ، نقلاً عن العيني ـ من أن البائع إذا غاب ولم يعلم بالفسخ فإن المشتري بالخيار يرفع الأمر للحاكم لينصب عن البائع الغائب من يرد عليه المبيع . ونقل في رد المحتار ـ تحت هذا ـ عن العمادية أن هذا أحد قولين ، وقيل : لا ينصب لأنه ترك النظر لنفسه بعدم أخذ وكيل منه ليرد عليه . انتهى موضحاً . وظاهر كلام العمادية اختيار القول الأول ، وهو الذي جزم به العيني .

ومن هذا القبيل أيضاً ما جاء في خيار العيب من التنوير وشرحه ، نقلاً عن الدرر ما لفظه : (ظهر عيب بمشري) البائع (الغائب) وأثبته (عند القاضي فوضعه عند عدل) فإذا هلك (هلك على المشتري إلا إذا قضى) القاضي (بالرد على بائعه) لأن القضاء على الغائب بلا خصم ينفذ على الأظهر . انتهى . لكن كتب في رد المحتار ، تحت قول الشارح ينفذ على الأظهر ، ما لفظه : (أي لو كان القاضي يرى ذلك ، كشافعي ونحوه ، بخلاف الحنفي ، كما حرره في البحر وقدمناه في كتاب المفقود ، وسيأتي تمامه في القضاء) انتهى . وكتب الخادمي محشي الدرر ، نقلاً عن المنح ، نظير ما كتبه في رد المحتار نقلاً عن البحر الذي هو مأخذ صاحب المنح أيضاً ، فإن متنه التنوير وشرحه المنح مأخوذان من بحر شيخه ابن نجيم ، ولم أر ذلك صواباً ، فإن الذي حرره في البحر من كتاب القضاء ، وكذا ما قدمه محشي الدر المحتار في المفقود ، وما وعد به في كتاب القضاء إنما هو في مطلق القضاء على الغائب بلا خصم عنه حاضر ، لا في خصوص فرع الرد بالعيب على الغائب الذي هو موضوع البحث ، بل أرى أن الصواب أن يكون القضاء بالرد على الغائب بحكم خيار العيب في الفرع المذكور نظير فرع القضاء بالرد على الغائب بحكم خيار الشرط المذكور آنفاً ، وأن يكون كلا الفرعين جارياً على مذهبنا أيضاً كبقية الفروع المسوقة أول التنبيه ، وليس خاصاً بمذهب من يرى إطلاق جواز القضاء على الغائب كما قاله المحشيان ، محشي الدر ومحشي الدرر المذكور ، فإن المعنى الذي في فرع الرد على الغائب بخيار الشرط ، وهو دفع الضرر عن المشتري لئلا يدخل في ملكه ما لا يلائمه من غير رضا منه ، موجود نظيره في فرع الرد على الغائب بخيار العيب ، فإنا إذا لم

تمكّنه من الرد على البائع لغيبته فات عليه المقصود من الملك إلى أجل غير معلوم ، إذ لا يمكنه والحالة هذه سوى إمساكه مضموناً عليه الى ان يحضر البائع (وحضوره موهوم) من غير ارتفاق به باستفياء شيء من منافعه أو ببيعه والانتفاع بثمنه ، لأنه إن فعل شيئاً من ذلك لزمه المبيع بعيبه من غير رجوع بنقصان العيب ، وهذا ما لا يرتضيه الشرع .

وهكذا قررت في الدرس حين مروري بهذه القاعدة ، ثم في أثناء إحدى تدريساتي للدرر ومروري بخيار العيب رأيت في حاشية المولى عبد الحليم على الدرر عند الكلام على فرع القضاء بالرد على الغائب بخيار العيب ما لفظه : « تصوير القضاء بالرد عليه ينبغي أن يكون هكذا : نصب القاضي وكيلا مسخراً على الغائب ، فسمع دعوى مدعي العيب ، فأثبت المشتري الشراء والعيب وطلب الوكيل التحليف بأنه ما رضي به أو أبرأه عنه فحلف فقضى القاضي بالرد على البائع ، ثم وضعه عند الوكيل المسخر لو عدلاً أو عند غيره . ويدل عليه ما سبق عن الخانية في خيار الشرط من أن القاضي ينصب خصماً عمن عليه الخيار ليرد عليه » انتهى بلفظه . وهو موافق لما فهمته ولله الحمد .

تنبيه آخر :

إن البينة لا تقام إلا على خصم جاحد ، إلا ما استثني كما هو مرسوم فيما كتبناه على المادة / 78 / الآتية . انتهى .

تنبيه :

جاء في المادة /1769/ من المجلة في بحث ترجيح البينات ما لفظه : إذا أظهر الطرف الراجح العجز عن البينة تطلب البينة من الطرف المرجوح إن أثبت فيها وإلا يحلف . انتهى . ولا شك أن هذا الحكم ـ كما قال الأستاذ المحاسني في شرحه على المجلة ـ عام في مسائل ترجيح البينات . انتهى . وذلك لأن الطرف المرجوح فيها يدعي كما يظهر من تتبع فروعها أمراً وجودياً تقام عليه البينة .

ومن هذا القبيل ما نصوا عليه من أن البينة تقام لإسقاط اليمين . ومثلوا له برد الوديعة والعارية لو ادعاه المودع والمستعير وأنكره المالك وكلف مدعي الرد اليمين ،

فأقام بينته على الرد تندفع عنه اليمين ، وما ذاك إلا لكون ما يدعيه من الرد أمراً وجودياً تمكن إقامة البينة عليه .

ومثله فيما يظهر ما لو ادعى المشتري أن ثمن العقار كان كذا ، وادعى الشفيع أقل منه وعجز عن إثبات ما ادعاه وطلب يمين المشتري على أن الثمن كان كما ادعى من الأكثر فإن له تحليفه (ر: الدرر، كتاب الشفعة) . فلو أراد المشتري أن يقيم بيّنةً على ما ادعاه لدفع اليمين فالظاهر أنه يقبل منه ذلك ، ثم لا يمكن أن يُدّعَى أن جواز تكليف المدعى عليه البينة عند عجز المدعي عنها ، وان إقامة البينة لإسقاط اليمين أمر عامٌ في سائر الدعاوى والخصومات أيّاً كانت ، بل هو خاص ـ فيما يظهر ظهوراً واضحاً ـ بما إذا كان ما يزعمه المدعى عليه أمراً وجودياً . فلو كان نفياً محضاً ، كما لو ادعى عليه ديناً أو غصباً أو عقداً مثلاً فأنكره وعجز المدعي عن البينة وطلب تحليفه فإنه لا تقام البينة هنا من طرف المدعى عليه على ما يزعمه من عدم شغل ذمته بالدين أو عدم غصبه أو عدم وجود العقد بينهما لإسقاط اليمين عنه لكون ما يزعمه نفياً محضاً . على أن ما نصوا عليه من أن البينة تقام لإسقاط اليمين ليس عاماً في كل الدعاوى التي يكون المدعى عليه فيها يدعي أمرا وجودياً، بل هو خاص بغير الغصب . فلو ادعى المالك أن قيمة المغصوب كذا، وادعى الغاصب أن قيمته كذا (لمبلغ أقل منه) وعجز المالك عن إقامة البينة على مدعاه وطلب يمين الغاصب على نفي دعواه فأراد الغاصب أن يقيم البينة على أن قيمته كما زعم هو لا تسمع منه على الصحيح، مع أن ما يدعيه أمر وجودي. فقد كتب الشرنبلالي في حاشيته على الدرر (أوائل فصل «غيَّبَ ما غصبه» من كتاب الغصب) ما لفظه :

(قوله : إن برهن المالك « أي على الزيادة التي يدعيها في قيمة المغصوب » قبل ، وإلا صدق الغاصب بيمينه في نفي الزيادة) يشير إلى عدم قبول بينة الغاصب ، وبه صرح في النهاية ؛ قال : لا تقبل لأنها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل . قال بعض مشايخنا : ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين عن نفسه كالمودع على رد الوديعة . وكان القاضي أبو علي النسفي رحمه الله تعالى يقول : هذه المسألة عدت مشكلة ، ومن المشايخ من فرق بين مسألة الوديعة وبين هذه وهو الصحيح . وكتب المولى عبد الحليم ، تحت قول الدرر : « وإنْ برهن المالك قبل وإلا صدق الغاصب » ما لفظه : أشار به إلى أن الغاصب لو برهن على قيمته فللمالك أن يحلفه ولا يقبل برهانه ، كما في الخلاصة نقلاً عن الأصل . وقال بعض

مشايخنا : ينبغي أن يقبل لإسقاط اليمين ، كالمودع إذا رد الوديعة فإن القول قوله مع اليمين ، ولو برهن على ذلك قبل ، وكان القاضي أبو علي النسفي يقول : هذه المسألة عندي مشكلة ، ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة ومسألة الوديعة وهو الصحيح ، وقد رد الفرق بعض المحققين وصحح القياس عليه ، ومنهم من رد الرد . أقول : في مثل هذا العمل بالرواية ، وهي ما في الخلاصة ، وقد سبق نظائره . انتهى . ولم يبق بعد تصحيح القاضي النسفي مقال لقائل! .

والظاهر أن ما قيل في الغصب يقال مثله في كل ما كان المدعى عليه فيه متعدياً ، كدعوى قيم المتلفات وقيم الأمانات التي ضمنت للتقصير في حفظها ، وكالتنازع في قدر الخيانة في المرابحة وما شاكلها، فلا تسمع بينة المدعى عليه فيها على ما يزعمه لإسقاط اليمين عنه .

هذا ، وقد نقل في مرآة المجلة ، تحت المادة / 1769 / المذكورة ، عن حاشية الأشباه للبيري ما لفظه : قال في الخلاصة ناقلاً عن الأصل (للإمام محمد) : أقام المغصوب منه البينة أن قيمة المغصوب كذا ، وأقام الغاصب أنها كذا ، فبينة المالك أولى ، فإن لم يكن للمالك بينة فأراد الغاصب إقامة البينة فقال المالك : أحلفه ولا أريد البينة له ذلك انتهى . ثم قال صاحب المرآة بعد هذا : أقول : يفهم منه أن المالك إن لم يطلب حَلِفَه تسمع بينة الغاصب . انتهى .

وهذا يصلح توفيقاً حسناً بين ما نقل في الشرنبلالية أنه الصحيح وبين ما نقله عن بعض المشايخ من أنه ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين عن نفسه ، كالمودع ، فيقال : عدم القبول فيما إذا لم يرض المدعي إلا بتحليفه ، والقبول فيما إذا رضي بالبينة ولم يأت بها . وبه يرتفع الاختلاف . ويؤيده ظاهر عبارة الخلاصة كما هو واضح منها .

فرع :

جاء في الدر المحتار وحاشيته ، في كتاب الغصب ، من أوائل فصل غيَّبَ ما غصبه ، وهو : أن المالك لو ادعى على الغاصب ، أو على المودع المتعدي ، أن قيمة المغصوب مائة مثلاً ، وقال الغاصب أو المودع المتعدي : لا أعرف قيمته لكن علمت أنها أقل مما يدعي المالك ، فالقول للغاصب أو المودَع بيمينه ، ويجبر على البيان ،

فإن لم يبين يحلف على ما يدعيه المغصوب منه من الزيادة ، فإن حلف يحلف المغصوب منه أن قيمته مائة ويأخذ من المدعى عليه مائة . انتهى ملخصاً فقد لزمت اليمين هنا المودَع .

والفرع المذكور منقول عن الإمام محمد بن الحسن كما ذكره في رد المحتار . وقد نقل فيه أن بعضهم بحث فيه ، وما بعد النقل إلا الرجوع إليه ، ولا عبرة بالبحث إذا خالف المنقول .

وقوله في هذه المادة / 76 / إن اليمين على من أنكر ، إذا كان مدعى عليه لا إذا كان شاهداً أو مدعياً ، فإنه لو كان المنكر شاهداً لا يحلف ، فقد قال في الفصل الرابع عشر من الفصولين : لو برهن أن الشاهد أقر أنه ملكي تقبل (أي وترد الشهادة) ، ولو أنكر الشاهد الإقرار لا يحلف . انتهى .

وكذا لو أنكر الشاهد الشهادة لا يحلف (ر : الفصل الخامس عشر من جامع الفصولين ، صفحة / 202).

وكذلك المدعي لا يحلف (في غير محلات يمين الاستظهار) فلو طلب المدعى عليه تحليف المدعي على أن ما يأخذه يأخذه بحق لا يجاب إلى ذلك (ر: جامع الفصولين، من الفصل الخامس عشر، بالمعنى).

ثم التحليف حق الحاكم ، لكن بطلب الخصم . فلو استحلف المدعي المدعى عليه فحلف ، ولو بحضرة الحاكم ، أو حلفه الحاكم ولكن بدون طلب المدعي فحلف فلا عبرة به ، وله تحليفه ثانياً . (انتهى بالمعنى من الدر المختار وحاشيته ، كتاب الدعوى ، وجامع الفصولين ، الفصل الخامس عشر) .

ثم يشترط في اليمين أن تكون بحيث يتوقف عليها قطع النزاع ، فلو كان النزاع ينقطع بدونها لا يصار إليها . يدل لذلك ما في جامع الفصولين ، أواخر الفصل الخامس عشر ، من أن الصانع والمستصنع لو اختلفا في أنه صنع كما أمر أو لا لا يحلف واحد منهما (ر : صفحة / 204) وذلك لأن النزاع القائم ليس متوقفاً قطعه على هذه اليمين ، لأن الاستصناع ليس بعقد ملزم ، فإن المستصنع مخير في أخذ المصنوع أو تركه وإن خرج المصنوع كما أمر ، وعليه فيمكن قطع النزاع بدون اليمين ، بل بترك المصنوع على الصانع فلا يحلف ، لكن هذا يجري على المعتمد في المذهب من التخيير في الاستصناع مطلقاً وإن ظهر كما أمر ، لا على قول أبي يوسف

من عدم التخيير ، وهو الذي عليه المجلة في المادة / 392 / انظر ما كتبناه على المادة / 392 / أوائل القاعدة الثانية « العبرة في العقود للمقاصد » . فالظاهر أنه على قول أبي يوسف يحلف .

والظاهر أن ما قيل في الاستصناع يقال في البيع بخيار للمشتري لو اختلف في مدة الخيار مع البائع في كون المبيع معيباً أو فاقداً وصفاً مرغوباً فيه مثلاً شُرِطَ في العقد ، لا يحلف واحد منهما لكون المشتري يمكنه الفسخ بحكم خيار الشرط ، فينقطع النزاع بدون أن يصار إلى اليمين ليفسخ بحكم العيب لاخيار فوات الوصف المرغوب فيه : هذا إذا لم يكن مجرد دعوى المستصنع في فرع جامع الفصولين أنه لم يصنع كما أمر معتبرة رداً للمصنوع على الصانع شرعاً بحكم الخيار الثابت له ، أما إذا كان ذلك منه معتبراً رداً بحكم الخيار كانت علة عدم تحليف واحد منهما هي انفساخ العقد بينهما وارتفاع سبب الخصومة . ولم أظفر بنقل يفصح عن العلة هل هي القدرة على فسخ العقد أو انفساخه بمجرد الدعوى والله سبحانه أعلم[1] . ثم رأيته في رد المحتار آخر كتاب الوقف عند تعداد صاحب الدر المحتار ما لا يجري فيه التحليف ، وذكر مسألة الاستصناع المرقومة نقل عن الطحاوي ما يفيد أن علة عدم التحليف فيها هي تمكن المستصنع من الفسخ بدون التحليف . وهو بمعنى ما عللنا به أولاً .

ثم كما لا يصار إلى اليمين إلا إذا توقف قطع النزاع عليها لا يصار إليها إلا إذا كان المستحلف لو أقر بما يستحلف عليه نفذ إقراره . فلو كان لو أقر لا ينفذ إقراره لا يستحلف ، فقد قال صاحب جامع الفصولين : الوكيل بقبض الدين ادعى عليه المديون الإيفاء إلى موكله وادعى إبراءه وأراد تحليف الوكيل أنه لا يعلم به لا يحلف ، إذ لو أقر به لم يجز على موكله لأنه على الغير .

وكذا أبٌ طالبَ زوج ابنته البالغة بمهرها وقال : ابنتي بكر في منزلي ، وقال الزوج : دخلت بها ولم يبق لك حق القبض ، والأب ينكر ، صُدِّق الأب لتمسُّكه بالأصل ، ولا يحلف الأب أنه لا يعلم بدخوله إذ لو أقر لم يجز عليها .

ادعى وصي الميت ديناً على آخر ، فادعى الإيفاء حال حياته وأنكر وصيه لا

---

(1) يوافق بحثنا هذا ما رأيته أخيراً في أول تحالف الدر المحتار وحاشيته من أن التحالف لا يجري في بيع فيه خيار ، لأنه يمكن فسخه بدون تحالف . انتهى بالمعنى . وهو مؤيد جداً لما قلناه . ولله الحمد .

يحلف ، لما مر من عدم الفائدة ويدفع الدين إلى الوصي . انتهى ملخصاً (صفحة / 199).

يظهر من فرع الوكيل بقبض الدين وتعليله أنه لو ادعى المشتري على الوكيل بالبيع قبض موكله الثمن يبرأ المشتري ، كما لو أقر بقبض نفسه (ر : جامع الفصولين ، الفصل الرابع والثلاثين ، صفحة / 202 برمز الجامع الكبير وسيأتي في مستثنيات القاعدة / 78)

ثم استشكل صاحب جامع الفصولين عدم التحليف في الفروع المذكورة بقوله : فإن قلت : فيه فائدة ، وهي قصر يده ، قلت : أريد بالفائدة أن يكون نكوله كنكول موكله وليس كذلك ، ولكنه لا يخلو عن المناقشة ، لتحقق الفائدة في الجملة ، فلم لم يكف هذا القدر في جواز التحليف ؟ انتهى . وسكت عن إشكاله هذا محشيه الرملي وصاحب نور العين ، ولم يجيبا عنه بشيء . والذي يظهر أن استشكاله بقوله : ولكنه لا يخلو عن المناقشة لتحقق الفائدة . . الخ غير وارد أصلاً ، وذلك لأن الفائدة المتحققة في الجملة هو قصر يد المدعي من وكيل وأب ووصي كما ذكر قبلاً . وقصر يده إنما [هو] ثمرة تناقض لا ثمرة نفاذ إقراره على من يدعي عنه ، فإن إقراره ليس نافذاً عليه دعواه مع إقراره الذي احتوى عليه نكوله (إذا استحلف فنكل) والنكول ليس قطعياً في الإقرار ، بل هو محتمل للبذل كما هو محتمل للإقرار ، فعلى تقدير كونه إقراراً يصير متناقضاً وتناقضه نافذ عليه ، فتقصر يده ، وعلى تقدير كونه بذلاً لا يصير متناقضاً ، وبذله كإقراره فلا ينفذ على غيره فلا تقصر يده ، وحق الادعاء ثابت له بيقين فلا يمنع عنه بما هو مشكوك فيه . فإذن لم يفد التحليف فائدته المطلوبة في هذه الصور فلا يجري فيها .

تنبيه :

وكما يشترط في اليمين أن يتوقف عليها قطع النزاع يشترط فيها أيضاً أن يكون النكول عنها مفيداً للمدعي ، فلو كان النكول عنها لا يفيد المدعي فلا يستحلف الخصم ، ففي جامع الفصولين : اشترى داراً بابها في سكة نافذة وكان لها باب قديم في سكة غير نافذة ، فأراد أن يفتح بابها القديم ، فلو أقر أهل السكة بذلك الباب فله فتحه كبائعه ، لقيامه مقامه . ولو أنكر أهل السكة حلفوا ، فلو حلفهم واحداً بعد واحد فبحلِفِ الأول يسقط الأيمان عن الباقين ، إذ لا فائدة في تحليفهم لأنهم لو نكلوا

ليس له فتحه ، إذ للحالف الأول منعه ، فلو نكل الأول فله أن يحلف غيره ، ثم وثم ، فإذا نكلوا كلهم فله أن يفتح . انتهى ببعض توضيح ، من الفصل / 35 / آخر صفحة / 270 وأول صفحة / 271 من الجلد الثاني من جامع الفصولين .

ومن ذلك أيضاً : ما لو ادعى نكاح امرأة هي في نكاح غيره ولا بينة للمدعي فليس له تحليفها ، لأن نكولها لا يفيده بعد كونها ذات زوج ، ولكن له أن يحلف زوجها على العلم ، فإن حلفه انقطعت الخصومة إذ لم يبق من فائدة في تحليفها ، وإن نكل صار مقراً ببطلان نكاحه فتحلف هي حينئذ على البتات ، فإن نكلت فهي للمدعي (ر : معين الحكام ، الباب الحادي والأربعين ، في القضاء بدعوى النكاح والمهر والنفقة ، ملخصاً) .

ويصلح هذا أن يفرع أيضاً على قولنا سابقاً : لا يصار إلى اليمين إلا إذا كان المستحلف لو أقر بما يستحلف عليه نفذ إقراره . . إلى آخره . . ولكنه بسابقه أليق .

تنبيهات :

(التنبيه الأول) :

إن اليمين إذا توجهت على الخصم ، فإن كان ما يحلف عليه فعل نفسه حلف على البتات ، وإن كان فعل غيره حلف على العلم إلاّ إذا كان شيئاً يتصل به فيحلف على البتات . كما لو ادعى المشتري على البائع أن العبد المبيع سارق أو آبق مذ كان عنده ، فأنكر ، فحلف فإنه يحلف على البتات أنه لم يأبق أو لم يسرق عنده ، لا على أنه لا يعلم أنه سرق أو أبق ، لأن هذا أمر يتصل به ، إذ إقدامه على البيع يتضمن التزامه ما أوجبه البيع من لزوم تسليم المبيع سليماً . أو كان شيئاً تمامه به ، كما إذا ادعى شيئاً على ذي اليد أنه ملكه بالشراء من زيد ، فقال ذو اليد : أودعنيه زيد ذلك ، دفعت الخصومة برهن أو لا ، فإن لم يبرهن وطلب المدعي يمينه على أن زيداً أودعه إياه يحلف على البتات ، بالله لقد أودعه إياه زيد ، ولا يحلف على العلم ولو كان فعل غيره ، لأن تمامه به ، وهو القبول .

وكذلك لو ادعى على آخر أنه استقرض أو استأجر أو اشترى منه ، فإنه يحلف على البتات ، لأنه فعل المدعى عليه من وجه ، أو كان المدعى عليه يدعي العلم ، فيحلف على البتات ، كما إذا ادعى المودَع أن المودِع قبض الوديعة فإنه يحلف على

البتات ، وكما لو باع الوكيل بالبيع وسلم المبيع للمشتري ثم أقر أن موكله قبض ثمنه وأنكر الموكل فيحلف الوكيل على البتات بأن موكلـه قد قبض ، فإذا حلف برىء المشتري ، وهو تحليف في الفرعين على فعل الغير ، ولكن لما ادعى المودع والوكيل أنه عالم به حلف على البتات .

ولو ملك عيناً بالإرث فادعاه عليه آخر فأنكر يحلف على العلم . ولو ملكه بشراء أو بهبة فإنه يحلف على البتات ، وذلك لأن الوارث نائب عن المورث ، والنيابة لا تجري في الحلف ليحلف ، بخلاف المشتري والموهوب له فإنه أصل بنفسه لا نائب عن غيره ، والظاهر شاهد له أن ما في يده مملوك له ، فيحلف بتاً (ر : نور العين ، من الفصل الخامس عشر ، ببعض توضيح) .

(تنبيه ثانٍ) :

من المعلوم أن الشهادة تقام حسبة على نحو طلاق المرأة والوقف ، فهل يجري فيهما التحليف حسبة ؟ حكى في الفصل الخامس عشر من نور العين قولين فيه ، وقدم القول بجريان التحليف حسبة ، ونقل بعده عن المحيط أن محمداً رحمه الله تعالى أشار إلى أنه يحلف . ثم رمز بعلامـة (شيخ) قال : لا يحلف . ثم قال : والظاهر أن رواية التحليف أصح وأولى . انتهى .

والظاهر أن معنى جريان التحليف حسبة أنه إذا لم يتم نصاب الشهادة ، أو تمّ . ولكن الشهود لم يعدلوا فطلبوا يمين من في يده عقار الوقف أو الزوج ، لا أن معناه أن القاضي له أن يجلب الزوج أو من في يده عقار الوقف ويحلفه من غير طلب أحد ، كما ظنه بعض قضاة العصر ، لأن الواحد لا يصلح خصماً أو قاضياً حتى نصوا أن شاهد الحسبة لا بدّ أن يدعي بما شهد به (ر : رد المحتار ، كتاب الوقف) .

(تنبيه ثالث) :

يجب أن يكون المدعى به معلوماً ، لما في المادة / 1619 / إذ لا يقضى بمجهول .

وكما أنه يجب أن يكون التحليف على معلوم أيضاً . فلا تحليف على حق

مجهول ، فلو ادعى أحد الشريكين على الآخر خيانة مبهمة لم يحلف ، لأن الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف (ر : الحموي على الأشباه من كتاب القضاء .)

وكذا لو ادعى على رجل: إنه استهلك مالي، أو قال : كان هذا شريكي وقد خان في الربح ولا أدري كم قدره ، وطلب التحليف من القاضي ، لا يجيبه إلى ذلك .

وكذا المديون إذا قال : قضيت بعض ديني ، ولا أدري كم قضيت ، أو قال : نسيت قدره وأراد أن يحلف الطالب لا يلتفت اليه ، لأن دعوى المجهول كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف (ر : جامع أحكام الصغار من مسائل أدب القاضي) .

إلاّ في مسائل يجري فيها التحليف على المجهول :

منها : ما إذا اتهم القاضي وصي اليتيم . ومنها : ما إذا اتهم مولى الوقف فإنه يحلفهما ، نظراً لليتيم والوقف .

ومنها : ما إذا ادعى المودِع على المودَع خيانة مبهمة فإنه يحلفه .

ومنها : المسائل الثلاث التي تسمع فيها الدعوى بمجهول ، وهي : دعوى الرهن ، والغصب ، والسرقة .

ففي هذه المسائل الست لو طلب المدعي فيها يمين المدعى عليه فإنه يحلف وإن كان على مجهول (ر: نور العين، من آخر الفصل الخامس عشر، نقلاً عن الأشباه).

وزاد الحموي سابعة لها ، وهي : دعوى الوديعة المجهولة .

فاذا استحلف على أحد هذه المجهولات فحلف برىء ، وإن نكل يجبر على البيان (ر : الحموي على الأشباه ، ومثله في الدرر ، كتاب الدعوى) .

والظاهر أن سماع الدعوى بمجهول في السرقة مقيد بما إذا ادعى التضمين لا القطع ، لأنه إذا كان المالك يدعي القطع لا يحلف السارق ، إذ لا تحليف في الحدود .

اقول : ويزاد أيضاً مسائل أخر تسمع فيها الدعوى بمجهول ، فيجري حينئذٍ فيها أيضاً التحليف على المجهول ، وهي : الوصية ، والإقرار ، والإبراء (ر : رد

المحتار من كتاب الدعوى ، نقلاً عن المعراج) .

ويزاد أيضاً ما لو قال مريض : ليس لي في الدنيا شيء ثم مات ، فلبعض الورثة أن يحلفوا زوجته وبنته على أنهما لا يعلمان شيئاً من تركة المتوفى . (ر : رد المحتار ، من كتاب الإقرار ج / 462 ، نقلاً عن حاوي الزاهدي) .

نقل الحموي في حاشية الأشباه ، عن الخانية ، (صفحة / 343) أن دعوى الوصية المجهولة لا تسمع ولا يستحلف الخصم عنها ، وهذا خلاف ما نقله في رد المحتار عن المعراج من سماع دعوى الوصية المجهولة كما هو مرسوم أدناه ، ونقل في تكملة رد المحتار أيضاً عبارة معراج الدراية المذكورة فبلغت المسائل عشراً بعد حذف الوصية . والتتبع ربما نفى الحصر .

يجب أن يزاد أيضاً في المسائل التي تصح الدعوى فيها بالمجهول ما جاء في الفرائد البهية في القواعد الفقهية لمحمود حمزة مفتي دمشق الأسبق رحمه الله ، نقلاً عن فصل الأنهار من الخانية ، ولفظه : « فائدة : الجهالة في الشِرب لا تمنع صحة الدعوى والشهادة ؛ كذا في فصل الأنهار من الخانية » بيانه : رجل ادعى شِرب يوم من نهر معلوم في كل شهر ، وأقام البينة على ذلك صحت دعواه وتسمع الشهادة ويحكم بها . ومثل ذلك مسيل الماء ، لأن الجهالة في مثل ذلك لا تمنع من صحة الدعوى والشهادة . انتهى .

والظاهر أن الجهالة في قدر ما يستجره من الماء بالسقي وقدر ما يسيله في المسيل . ثم الجهالة المغتفرة في هذه الدعاوى إذا كان المدعى به عيناً ، هل هي جهالة عينه أم جهالة قيمته ؟ صريح كلام رد المحتار من كتاب الدعوى ، نقلاً عن الخانية وغيرها ، عند قول المتن : (ومعلومية المدعى إذ لا يقضى بمجهول) يفيد أن الجهالة مغتفرة ولو كانت جهالة عين المدعَى به . وعلى هذا فاغتفار قيمته بعد معلومية عينه بالأولى .

(تنبيه رابع) :

لو ادعى على آخر ديناً ، فحلف المدعى عليه بطلاق زوجته أنه ليس له عليه دين ، فبرهن بعد ذلك المدعي أن له عليه كذا ، فهل يحنث المدعى عليه أم لا ؟ ذكر في الخامس عشر من نور العين أن الفتوى على أنه إذا ادعاه بلا سبب وبرهن عليه

يظهر كذب الحالف ، ولو ادعاه بسبب وبرهن على السبب لا يظهر كذبه . وأطلق في الدرر ، في كتاب الدعوى ، عدم ظهور كذبه بإقامة البينة ، وقال : إنه الصواب ، وعزا ذلك إلى الزيلعي . وقال في رد المحتار ، في كتاب الدعوى ، إن ما ذكره في الدرر من عدم الحنث مطلقاً هو رواية أخرى عن محمد . انتهى بالمعنى .

فقد اختلف التصحيح ، وقول الزيلعي : إن عدم ظهور كذبه مطلقاً بإقامة المدعي البينة هو الصواب يفيد أن مقابله خطأ ، والوجه يشهد لما قاله الزيلعي ، وذلك لأن البينة إن قامت على السبب فالأمر ظاهر ، وإن قامت على الحق من غير بيان السبب فلا شك في أنها مستندة إلى ما عاينته عند التحمل من السبب وإن جزمها عند الأداء بقيام الحق مبني على الاستصحاب وعلى كون الأصل بقاء الحق بعد ثبوته وإن لم تصرح به ، إذ الإحاطة علماً ببقائه وقيامه للحال وعدم عروض إيفاء أو أداء عليه غير ممكنة غالباً ، فهي مستندة في جزمها بقيام الدين عند الأداء إلى ما يفيد الظن ، فكيف يظهر بها كذب المدعى عليه في حلفه ؟ هذا هو التزام ما لا يلزم ! (ر : ما كتبناه في التنبيه الأول من القاعدة التاسعة : « ما ثبت بزمان يحكم ببقائه » عن جامع الفصولين وعن معين الحكام) .

(تنبيه) :

نقل في تكملة رد المحتار (من الجلد الأول صفحة / 295 في اوائل كتاب الدعوى) أن قبول الدعوى بالمجهول (أي من الأعيان التي تصح الدعوى بها مع جهالتها) وإقامة البينة عليه إنما تقبل عند العامة لأجل الحبس فقط ، ومعناه أن يحبسه حتى يحضره ليقيم البينة على عينه . فلو قال : لا أقدر عليه حبس قدر ما لو قدر عليه لأحضره ثم يقضى عليه بقيمته . انتهى .

ثم نقل بعده في صفحة / 296 عن الخانية ، أن مدة الحبس مقدرة بشهرين . ثم أفاد أيضاً أن الجبر على البيان فيما إذا أقر المدعى عليه أو استحلف فنكل ، أما إذا أثبت المدعي العين المجهولة في هذه الصور بالبينة فإن المدعى عليه يحبس إلى أن يأتي بها . . إلى آخر ما قدمناه عنه أعلاه .

ونقل في رد المحتار عند الكلام على دعوى المنقول ، أوائل الدعوى ، عن جامع الفصولين : لو ادعى أن المنقول في يد المدعى عليه ، فأنكر كونه في يده فأقام

بينة شهدت أنه كان في يده قبل سنة من هذا التاريخ . هل يقبل ويجبر على احضاره ؟ قال صاحب جامع الفصولين : ينبغي أن تقبل ، إذ لم يثبت خروجه من يده، فتبقى ولا تزول بشك . وأقره في البحر ، وجزم به القهستاني . ثم قال : وردّه في نور العين بأن هذا استصحاب ، وهو حجة في الدفع لا في الإثبات انتهى . أقول : وما بحثه في جامع الفصولين وجزم به القهستاني وأقره في البحر هو الصواب ،وذلك لأن الشهادة بالملك المنقضي مقبولة كما قدمناه تحت المادة / 10 / والقضاء بها هو عين الاستحقاق بالاستصحاب ، وقدمنا هناك عن جامع الفصولين عن صاحب القنية انه استشكل هذا ، ثم أجاب عنه بأن في رد مثل هذه البينات حرجاً ، فقبلت دفعاً للحرج . انتهى ، وهذا من هذا القبيل .

ثم لا ينبغي أن يتوهم أن قولهم : إن الشهادة باليد المنقضية لا تقبل ، كما قدمناه هناك ، يرد ما بحثه في جامع الفصولين ، لأن ذلك فيما إذا اراد مدعي اليد المنقضية نزعه من يد المدعى عليه بحجة أنه كان في يده ، فإنها لا تقبل حتى يشهدوا أن المدعى عليه أخذه منه بغير حق ، كما قدمناه هناك . أما هنا فإننا لم نوجب على المدعى عليه نزعه من يده بل إحضاره ليشار إليه في الدعوى والشهادة .

(تنبيه) :

إن صلاحية المدعي للخصومة تختلف وتتغاير ، فتارة يكون له صلاحية إقامة البينة لإثبات مدعاه وعند عجزه عن إقامتها يكون له صلاحية استحلاف الخصم ، وهذا هو الغالب في الدعاوى والخصومات ، وهو غني عن التمثيل له .

وتارة يكون للمدعي صلاحية إقامة البينة لإثبات مدعاه ، وإذا عجز عن إقامة البينة فليس له صلاحية استحلاف خصمه :

من ذلك ما لو ادعى المشهود عليه أن الشاهد أقر أن المشهود به ملكي ، فإن برهن على إقراره بذلك تقبل بينته وترد شهادة الشاهد ، وإن عجز عن إقامة البينة فليس له أن يطلب تحليف الشاهد (ر : جامع الفصولين ، الفصل الرابع عشر) .

ومن ذلك ما لو ادعى على الوصي ديناً في تركة الموصي ، فأنكر الوصاية ، فإن أقام المدعي البينة على الوصاية فبها ، وإلا فليس له استحلافه .

ومنه ما لو اشترى بالوكالة عن آخر ، ثم جاء ليرد المبيع بعيب على البائع ،

فادعى البائع أن موكله رضي بالعيب فأنكر المشتري ، فإن أقام البائع بينته على ما ادعاه فبها ، وإلا فلو طلب يمين الوكيل على أنه لا يعلم أن الموكل رضي بالعيب فإنه لا يحلف .

ومنه ما لو اشترى عقار الصغير تحت ولايته فادعاه آخر بالشفعة ، وَاختلف الشفيع مع ولي الصغير في الثمن ، فادعى الشفيع مبلغاً ، وادعى الولي أكثرمنه ، وعجز الشفيع عن إقامة البينة وطلب يمين الوصي او الولي ، فإنه لا يحلف .

ومنه : ما لو ادعى الواهب على الموهوب له انه اشترط عليه عوضاً ، وأنكر الموهوب له ، فإذا عجز الواهب عن إقامة البينة وأراد تحليف الموهوب له ، فإنه لا يحلف . . الى غيرذلك من مسائل كثيرة تعلم من مراجعة الدر المحتار وحاشيته قبيل كتاب البيوع .

وتارة يكون للمدعي صلاحية استحلاف الخصم وليس له صلاحية إقامة البينة عليه :

من ذلك : ما لو ادعى على آخر مالاً إرثاً عن أبيه مثلاً ، فأقر له المدعى عليه بموت أبيه وبأنه ابنه ووارثه أو استحلف على العلم بذلك فنكل ، ثم أنكر المال ، فإن للمدعي أن يحلفه على المآل (ر : جامع الفصولين صفحة / 28 ، الفصل الثامن والعشرين) . ووجه ذلك ، فيما يظهر لي ، أن أصل كونه خصماً قد ثبت بإقرار المدعى عليه أو بما هو في حكم الإقرار (وهو نكوله عن اليمين) على أبي المدعي بالموت . وبأن المدعي ابنه ووارثه ،والإقـرار حجة قاصرة ، فيملك المدعى به من صلاحية الخصومة ما يوصلـه الى ما في حكم الإقـرار ، وهـو النـكول المرجـو من الاستحلاف ، فإن الشيء يستتبع ما هو مثله ، ولا يملك إقامة البينـة لأنهـا حجـة متعدية ،وخصومته قد ملكها بحجة قاصرة ، وهو الإقرار ، فلا يملك بها ما فوقها ، إذ الشيء لا يستتبع ما هو فوقه . حتى لو كان أثبت بالبينة موت أبيه وأنه وارثه فلا شك أن له حينئذ صلاحية إقامة البينة على المآل ، كما هو ظاهر ومسلّم .

ويظهر لي أن مثل الدعوى بالإرث على الوجه المسطـور في « الفصولـين » لدعوى بحكم الوكالة أو بحكم الوصاية ، كما لو ادعى على آخر أنه وكيل فلان بقبض دينه منه أو أنه وصي فلان وأنه يطالبه بما لَهُ عليه فأقر المدعى عليه الوكالة أو الوصاية وأنكر المال ، أو أنكر الوكالة أو الموت والوصاية ، فاستحلف (بنـاء على

الصحيح من أنه يحلف) كما في الدر المختار من باب دعوى النسب ، فنكل ثم أنكر المال ، فإن المدعي ، والحالة هذه ، يكون خصماً في تحليفه على المال لا في إقامة البينة لما ذكرنا ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

ثم رأيت في رد المحتار (أواخر باب الوكالة بالخصومة والقبض عند قول الشارح : « الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم ، وبيانه في الدرر ») ما لفظه : « قوله : وبيانه في الدرر » قال فيها : قال في الصغرى : الوكيل بقبض الدين إذا احضر خصماً فأقر بالتوكيل وأنكر الدين لاتثبت الوكالة ، حتى لو أراد الوكيل إقامة البينة على الدين لا تقبل . انتهى . والظاهرة أن مراد الفتاوى بقوله : لا تثبت الوكالة ، أي في حق الموكل أما في حق المدعى عليه المقر بها فإنها تثبت ويملك تحليفه على الدين ، لا إقامة البينة عليه .

ـ وتارة يكون للمدعي صلاحية إقامة البينة على ما يدعيه من عين في يد الخصم ، وإذا عجز عن إقامتها يكون له الحق في تحليف الخصم ليأخذ منه بدلها ، وليس له تحليفه ليأخذ منه العين المدعى بها إن نكل عن اليمين مع أنها قائمة في يده . فقد قال في معين الحكام (في الباب السابع والثلاثين في القضاء بدعوى الوقف والشهادة عليه) : ادعى داراً ، فقال ذو اليد : إنه وقف على الفقراء وأنا متولٍّ عليه صح إقراره ، ويكون وقفاً . فلو أراد المدعي تحليفه ليأخذ الدار لو نكل لا يحلف وفاقاً . ولو أراد تحليفه ليأخذ القيمة فعلى قياس قول محمد : يحلفه وان نكل يأخذ منه القيمة . ويفتى بقول محمد . وعلى هذا لو أقر بالدار لابنه الصغير (أي إنه يستحلف لأخذ قيمتها منه) . وكذلك لو ادعى على الورثة عيناً كان وقفها مورثهم في صحته فأقروا ضمنوا قيمة العين من التركة ولا يبطل الوقف بإقرارهم . ولو أنكروا فله تحليفهم لأخذ القيمة ، أما لو أراد تحليفهم لأخذ الوقف فلا يمين له عليهم . انتهى ملخصاً .

ـ وتارة يكون للمدعي صلاحية حلف اليمين والبينة فيكون القول قوله بيمينه ، والبينة بينته ، ولا يقبل من خصمه يمين ولا بينة . وذلك كما لو ولدت المرأة فادعى زوجها ان الولد ليس منه لأنها ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح ، وقالت : ولدت لستة أشهر ، فالقول قولها والبينة بينتها ، كما تقدم ذلك في مستثنيات القاعدة / 11 « الأصل إضافة الحادث لأقرب اوقاته » نقلاً عن الدر المختار وحاشيته وغيره ، من باب ثبوت النسب ، وكما هو الحال في الأمناء ، فإن

القول في كل أمانة للأمين مع يمينه والبينة بينته (ر : جامع الفصولين ، أواخر الفصل الخامس عشر ، صفحة / 205) .

وكما لو ادعى الراهن أن الرهن هلك في يد المرتهن ، وادعى المرتهن أن الراهن قبضه منه بعد الرهن وهلك في يده ، فالقول قول الراهن بيمينه ، لأن المرتهن يدعي براءة نفسه من الضمان بعدما دخل في ضمانه ، والراهن ينكر . ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن أيضاً ، لأنها تثبت بقاء الدين في ذمة المرتهن ، وبينة المرتهن تنفيه (ر : معين الحكام ، الباب العاشر ، في القضاء بالتحليف) .

وكما لو شرط على الظئر الإرضاع بلبنها ، ثم اختلفا ، فقالت : ارضعته بلبني ، وقال : بلبن شاة ، فالقول قولها . ولو أقاما بينة فبينتها أولى (ر : معين الحكام ، الباب التاسع عشر في القضاء بشهادة النفي) .

فوائد في موضوع يمين الاستظهار

المسماة بيمين القضاء

(مقتطفة من الباب الرابع من القسم الثاني في أنواع البينات من معين الحكام ، صفحة / 113)

يمين المستحق على البت : أنه ما باع ولا وهب .

ويمين الورثة على العلم انه ما خرج عن ملك مورثهم بوجه من الوجوه كلها ، وأن ملك جميعهم (يعني الورثة) باق عليه الى حين يمينهم ، وهذه التتمة في اليمين تكون على البت .

إذا ادعى رجل بدين على ميت وأقام البينة التامة عليه ، فإن كان الورثة كباراً ولم يدعوا دفع الدين من مورثهم ولا من أنفسهم لا يلزم رب الدين يمين ، بخلاف ما لو كانوا صغاراً فلا بد من اليمين .

ونقل عن الصفحة المذكورة قبل هذا ، عن التجريد أن المديون إذا أقام البينة على إفلاسه ، فادعى رب الدين أن له مالاً باطنا حلفه القاضي بعد شهادة الشهود . وعلله بأنه ادعى شيئاً خارجاً عن علم الشهود . ثم نقل ما تقدم وقال عقبه : وهو (أي قولهم : فإن كان الورثة كباراً ولم يدعوا دفع الدين ولا من انفسهم لا يلزم رب الدين يمين) يؤ يد عبارة التجريد . ثم نقل عن بعض المتأخرين التحليف وأطلقه ،

ولم يفصل بين ما إذا ادعى شيئا خارجاً عن علم الشهود أولا . والإطلاق هو المذكور في عامة الكتب وجرت عليه المجلة في المادة / 1746 .

ثم قال في معين الحكام من الباب المذكور : واليمين في ذلك (أي فيما اذا ادعى الورثة ديناً لمورثهم في تركة ميت) على من يظن به علم ذلك ، ولا يمين على من لا يظن به علم ذلك ولا على صغير . ومن نكل ممن تلزمه اليمين منهم سقط من الدين حصته فقط .

ثم زاد في أول الفصل بعد الباب (صفحة / 114) مسألةً يحلف الخصم فيها يمين الاستظهار بعد إقامة البينة ، فإنه قال فيه : إذا قامت بينة للغريم المجهول الحال بأنه معدم ، فلا بد من يمينه انه ليس له مال ظاهر ولا باطن ، وإن وجد مالاً يؤدي حقه عاجلاً . وعلله بقوله : لأن البينة إنما شهدت على الظاهر ، ولعله غيب مالاً . ثم قال في آخر الفصل المذكور : ضابط هذا الباب : « أن كل بينة شهدت بظاهر فإنه يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر » انتهى . ثم ذكر في الصفحة / 114 / المذكورة في الفصل التالي للفصل المسطور ما لفظه « تنبيه » فإذا حلف مرة وتأخر القضاء لم يصح أن يحلف ثانية للتوهم المحتمل . انتهى . أي لتوهم أنه استوفى أو أبرأه . . الخ . .

* * *

القاعدة السادسة والسبعون (المادة / 77)

«البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل»

الشرح مع التطبيق

« البيِّنة» شرعت «لإثبات خلاف الظاهر» أي خلاف الأصل ، كإضافة الحادث الى أبعد أوقاته ، وكعدم بقاء ما كان ، وكوجود الصفات العارضة ،وكشغل الذمة . فإن كل ذلك خلاف الأصل ، فإن الأصل اضافة الحادث الى أقرب أوقاته ، وبقاء ما كان على ما كان عليه ، وعدم وجود الصفات العارضة ، وبراءة الذمة . فلا يحكم بخلاف الأصل إلا بالبيِّنة.

وكذلك ما كان الأصل فيه الخصوص ، كالوكالة والعارية ، والعموم كالمضاربة ، والشركة ، فإنه لا يحكم في كل منها بخلاف الأصل إلا ببيِّنة.

* * *

« اليمين » شرعت « لإبقاء الأصل » على ما كان عليه من عدم إن كان الأصل عدم المتنازع فيه، كالصفات العارضة . أو وجود إن كان الأصل وجود المتنازع فيه، كالصفات الأصلية كما تقدم في الكلام على المادة التاسعة.

فإذا تمسك أحد المتخاصمين بما هو الأصل وعجز الآخر عن إقامة البينة على ما ادعاه من خلافه يكون القول قول من يتمسك بالأصل بيمينه.

المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل:

منها: ما لو ادعى المودع رد الوديعة أو هلاكها ، فالقول قوله، مع ان كلاً من الرد والهلاك عارض والأصل عدمه..

وما لو اختلف في الصحة والمرض، فالقول قول من يدعي المرض، والبينة بينة من يدعي الصحة ، كما في المادة / 1766 من المجلة، مع أن المرض عارض والأصل الصحة.

ومنها : ما لو اختلف في العقل والجنون، فالقول قول من يدعي الجنون ، والبينة بينة من يدعي العقل ، كما في المادة / 1767 من المجلة.

ومنها: ما لو اختلف في العقل والجنون، فالقول قول من يدعي الجنون، والبيِّنة بينة من يدعي العقل كما في المادة / 1767 من المجلة.

ومنها: ما لو اختلف في القدم والحدوث فالقول قول من يدعي القدم ، والبينة بينة مدعي الحدوث ، كما في المادة / 1768 من المجلة. (انظر ما كتبناه على المادة الثامنة).

وإنما خرجت هذه لأن مدعي الهلاك ، أو الرد، أو المرض، أو الجنون ، أو القدم إنما هو في الحقيقة منكر لما يدعيه المدعي من الضمان في الأولى ، ومن حق إزالة ما يدعي حدوثه في الأخيرة، ومن موجب عقد المريض والمجنون في الباقي.

(تنبيه):

حيث كانت البينة لإثبات خلاف الظاهر فهي لا تقام على النفي، لأن نفي المدعي به إما عبارة عن دعوى عدم وجوده ، ودعوى عدم وجوده هي الأصل فيما كان عارضا ، أو عبارة عن دعوى عدم زواله ، وإن دعوى عدم زواله هي الأصل فيما كان وجودياً (انظر ما كتبناه على المادة التاسعة).

والبينات تقام لإثبات خلاف الأصل. ولا فرق في عدم سماعها على النفي بين ما يحيط به علم الشاهد وبين ما لا يحيط (كما في الهداية ، من باب اليمين في الحج والصلاة).

فلو ادعى عليه أنه باع او اشترى أو آجر أو استأجر أو أقر أو فعل كذا مما يلزمه به ضمان أو قصاص مثلا في المكان الفلاني في اليوم الفلاني من السنة الفلانية، فأقام المدعَى عليه بينة شهدت أنه لم يفعل ذلك في ذلك اليوم لا تقبل، أو اقام بينة شهدت بأنه في اليوم المذكور لم يكن في ذلك المكان لا تقبل.

نعم، إذا كان عدم وجوده في ذلك المكان أمراً مستفيضاً متواتراً عند الناس لا تسمع الدعوى، لئلا يلزم تكذيب الثابت بالضرورة (كما في رد المحتار، قبيل باب الاختلاف في الشهادة).

ولم يقبلوا الشهادة على النفي إلا في الشروط (كما في رد المحتار، من باب اليمين في البيع والشراء، من كتاب الأيمان، نقلا عن المبسوط).

ثم الشروط على قسمين:

القسم الأول) ـ الشروط المعلق عليها:

كما لو علق طلاق زوجته على عدم فعل الشيء الفلاني في وقت معين، ثم اختصما بعد مضي الوقت المعين ، فادعى أنه فعله، وادعت أنه لم يفعله، فإن القول قوله بيمينه أنه فعله، لأنه بدعواه الفعل ينكر وقوع الطلاق والبينة بينتها . فلو أقامت بينة شهدت أنه لم يفعله في ذلك الوقت تقبل ويقضى بوقوع الطلاق

وكذا لو قال الآخر: إن لم أوافك بمديونك فلان في اليوم الفلاني فأنا كفيل بما لَكَ عليه، ثم اختلفا بعد مضي اليوم المذكور فقال: وافيتك به. وأنكر الدائن، فالبينة بينة الدائن على أنه لم يوافه به والقول قول الآخر بيمينه لأنه ينكر الكفالة. وانظر هنا ما نقلناه في كلامنا على المادة التاسعة ، عن الباب السابع من الكفالة من كتاب الذخيرة ، فإنه ضروري.

القسم الثاني) ـ الشروط التي تتوقف عليها الصحة في العقود :

فإذا اختلف المتعاقدان في صحة عقد وفساده ، فالقول قول مدعي الصحة ، والبينة بينة مدعي الفساد (كما هو معلوم) حتى لو كان الفساد لفقد شرط من شروط الصحة فالبينة بينة مدعي الفساد على نفي وجوده. فقد قال في الفصل الثاني عشر من جامع الفصولين : ادعى المسلم اليه ان السلم فاسد لأنه لم يذكر الأجل تقبل بينته، لأن الأجل شرط لصحة السلم ، فتقبل البينة عليه ولو كان نفياً.

لكن قولهم البيِّنة تقبل على النفي في هذه المسائل مقيد بما إذا لم تظهر في شهادة الشاهد مجازفة، بأن كان النفي مما يحيط به علمه. أما إذا كان النفي مما لا يحيط به علم الشاهد كما لو حلف إن لم يأكل الطعام الفلاني في السنة الفلانية فامرأته طالق، ثم مضت السنة وأختلف هو والزوجة فادعى أنه أكله، وأقامت البيِّنة على أنه لم يأكل، فالظاهر ان هذه البينة لا تقبل، لظهور المجازفة فيها لاستحالة إحاطتهم به عادة.

* * *

القاعدة السابعة والسبعون (المادة / 78)
« البينة حجة متعدية ، والإقرار حجة قاصرة »

أولاً) ـ الشرح

« البينة حجة متعدية » أي متجاوزة إلى غير من قامت عليه ، وملزمة له « والإقرار حجة قاصرة » على نفس المقر لا تتجاوزه إلى غيره ، لأن كونه حجة يبتنى على زعمه ، وزعمه ليس بحجة على غيره (انظر ما نقل عن جامع الفصولين تحت القاعدة التالية) .

ثانياً) ـ التطبيق

ـ ولذا صح الإقرار بلا وجود منازع ولا مواجهة خصم .

ـ واقتصر إقرار الوارث بدين على التركة .

ـ واقتصر إقرار المستحق عليه بالعين المستحقة على أنفسهما ، فينفذ إقرار الوارث على نفسه بقدر حصته ، ولا يرجع المستحق عليه على بائعه بالثمن ، وتسمع دعوى بائعه الملك المطلق على المستحق .

ـ وبطل إقرار الوصي والمتولي على التركة والوقف .

ـ وكان الإقرار يعتمد الأهلية بالبلوغ والعقل فقط ، ولا يعتمد الولاية على غير المقر ، بخلاف الشهادة ، فإنها حجة متعدية ، ولذا كانت تعتمد الولاية ، فلا تقبل شهادة من لا ولاية له أصلاً ، كالصغير ، أو لا ولاية له على المشهود عليه كغير المسلم إذا كان المشهود عليه مسلماً ، فحيث كانت البينة متعدية وتعتمد الولاية تكون حجة على من قامت بمواجهته وعلى غيره ، ويشترط لها حضور الخصم واتصال القضاء بها ، فاذا ثبت الدين على التركة بالبينة يثبت في حق جميع الورثة ، سواء كان الثبوت بمواجهة الوصي أو بمواجهة أحد الورثة . وكذا إذا ثبت الاستحقاق بالبينة فإنه يثبت في حق ذي اليد وفي حق من تلقى ذو اليد الملك منه ، فلا تسمع دعوى بائعه الملك

على المستحق (إلاّ دعوى النتاج أو دعوى تلقي الملك منه مباشرة أو بالواسطة) لأنه صار مقضياً عليه ، لكن بشرط أن يكون المستحق عليه قد ادعى حين الخصومة قبل الحكم بالاستحقاق الملك بالتلقي منه .

(تنبيه) :

المسائل التي تقام فيها البينة مع إقرار المدعى عليه ، وذلك لأجل تعدي الثبوت إلى غير المقر :

ومن جملة هذه المسائل :

ما لو ادعى رجل على آخر حقاً لأبي المدعي ، وهو مقر به أو لا ، فله إثبات نسبه عند القاضي بحضرة المدعى عليه (ر : باب دعوى النسب من الدر المختار) .

ومنها : ما لو كان المدعى عليه مقراً في دعوى الدين على التركة بمواجهة أحد الورثة ، ودعوى الاستحقاق المذكورتين في هذه المادة ، فإن للمدعي إقامة البينة مع اقرارهم ، ليتعدى الثبوت إلى بقية الورثة وإلى البائع الأصلي .

ثالثاً) ـ المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل يتعدى فيها الإقرار على غير المقر :

منها : ما لو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلاّ ببيع العين المأجورة ، فإن الإجارة تفسخ ويباع المأجور لوفاء الدين .

ومنها : ما لو كان شيء في يد رجل فادعاه اثنان بالشراء منه ، كل على حدة ، أو ادعى كل منهما أنه رهنه منه وسلمه إياه ، أو ادعى أحدهما الشراء والآخر الرهن ، أو ادعى أحدهما الإجارة والآخر الشراء ، أو أحدهما الصدقة مع القبض والآخر الشراء ، أو ادعى كل منهما الإجارة . ولا بينة في جميع ذلك فأقر ذو اليد لأحدهما يمنع الآخر بمجرد إقراره للأول ولا يستحلف له (ر : الدر ، آخر كتاب الوقف ، والمادة / 1742 من المجلة) .

ومنها : ما لو أقر الأب على ابنته البكر البالغة بقبضه مهرها من زوجها ، فإنه حجة عليها ، وتبرأ به ذمة الزوج .

ومنها : ما لو أقر اثنان من الورثة بولد للمتوفى فإنه يثبت نسبه في حق غيرهم من الورثة ، وفي حق الناس كافة ، ولا يحتاج في ذلك للفظ الشهادة ولا لمجلس القضاء على الأصح (ر : الدر وحاشيته ، دعوى النسب) .

ومنها : ما في الفصل الخامس عشر من جامع الأصولين (صفحة / 202 من المجلد الأول) : لو ادعى عيناً على آخر وأراد تحليفه فأقر به لابنه الصغير تندفع عنه اليمين ، لأنه بعد أن أقر به لابنه الصغير لا يصح إقراره به لغيره ، فلا يفيد تحليفه ، لأن التحليف رجاء النكول ، وهو كالإقرار . انتهى بالمعنى .

فقد يتعدى الإقرار في هذه الصورة ، لكن تقدم (آخر الكلام عن المادة / 76) نقلاً عن الباب السابع والثلاثين في القضاء بدعوى الوقف من معين الحكام أن المفتى به قول محمد من أنه لو أراد تحليف الأب ليأخذ القيمة منه لو نكل فإنه يحلف ، ولو أراد تحليفه ليأخذ العين لا يحلف . وعليه فيحمل ما في الفصولين على ما إذا طلب تحليفه ليأخذ العين لو نكل . (انظر ما سيأتي تحت المادة / 79 / نقلاً عن الفصل الثالث والفصل الخامس عشر من جامع الفصولين) .

(تنبيه) :

إذا اجتمعت البينة مع الإقرار ثم وقع القضاء فإنه يعتبر القضاء واقعاً بسبب الإقرار ، إلاّ في مسائل تقدمت في الكلام على المادة التاسعة عشرة يعتبر فيها القضاء واقعاً بالبينة ، لئلا يتضرر المدعى عليه إذا اعتبر واقعاً بسبب الإقرار فلتراجع . انتهى .

مما خرج عن هذه القاعدة أيضاً ما في الرابع والثلاثين من جامع الفصولين (صفحة / 202) برمز الجامع الكبير : وكيل البيع أقر بقبض موكله الثمن يبرأ المشتري ، كما لو أقر بقبض نفسه . انتهى .

ونقل صاحب جامع الفصولين بعد هذا عن صاحب الذخيرة أنه قال : فعلى قياس هذه المسألة ينبغي أن يصح إقراره بقبض الطالب في مسألة الوكيل بقبض الدين . وقال صاحب جامع الفصولين عقبه : أقول : يمكن الفرق بينهما بأن وكيل البيع أصيل في قبض الثمن تعود الحقوق إليه ، كما هو مقرر في محله ، فله أن يوكل غيره بقبض ثمنه ، كما مر قبيل هذا ، فأقر بماله تسليطه فصح ، بخلاف وكيل

القبض إذ ليس له التوكيل فكان مقراً بما ليس له تسليطه فلغا. والله أعلم.

ونقل هذا الفرق في نور العين واستشكله بأن وكيل الخصومة يصح إقراره على موكله في مجلس القاضي لا في غير مجلس القاضي وإن انعزل به . ثم قال : فعلى هذا ينبغي أن يصح إقرار الوكيل بقبض الطالب كما قال صاحب الذخيرة آنفاً .

ثم أيّد كلام صاحب الذخيرة بما ذكره محمد في الأصل من أن وكيل الخصومة أو القبض لو أقر في مجلس القضاء بقبض موكله ، والموكل قد استثنى إقراره لم يجز انتهى . ثم قال : ووجهه التأييد هو أن المفهوم من قوله : « والموكل قد استثنى إقراره » إنه لو لم يستثنِ جاز إقراره عليه. انتهى كلام نور العين.

ولي فيه نظر ، فإن جواب صاحب الفصولين سديد ، وما استشكله به في نور العين لا يرد عليه ، فإن إقرار وكيل قبض الدين بقبض موكله جنس ، وإقرار وكيل البيع بقبض موكله الثمن جنس آخر لا تشابه بينهما فيما يظهر حتى يصح تخريج احدهما على الآخر وقياسه عليه . وذلك أن وكيل البيع أصيل في حقوق العقد ، ومن جملتها قبض الثمن ، لا وكيل فيها ، ولذا لا يملك الموكل عزله عنها ، ولا يجبر المشتري على دفع الثمن للموكل المالك وإن كان لو دفع له يبرأ ، فيكون إقرار الوكيل بقبض موكله الثمن من المشتري إقراراً على نفسه ببراءة ذمة المشتري حيث أقر بدفعه الثمن للمالك ، وهو دفع صحيح تبرأ به ذمته . بخلاف وكيل قبض الدين ووكيل الخصومة فإنهما ليسا اصليين ، ولذا يملك الموكل عزلهما أو يجبر المديون على الدفع للموكل لو طالبه ، فيكون إقرار الوكيل بالقبض ، والحالة هذه ، من قبيل إقرار الانسان على غيره لا إقراره على نفسه . فعلى قول الإمام من أن وكيل قبض الدين يملك الخصومة يصح إقراره على موكله في مجلس القضاء كوكيل الخصومة ، لأن الخصومة إقرار أو إنكار فالتوكيل بها توكيل بالإقرار ، وعليه يتمشى مفهوم كلام الأصل الذي تمسك به في نور العين لتأييد بحث صاحب الذخيرة . وعلى قولهما من أن وكيل القبض لا يملك الخصومة ـ وجرت عله المجلة في المادة / 1520 / ـ لا يصح إقرار على موكله بالقبض ، ولا تبرأ بإقراره هذا ذمة المديون من الدين الموكل بقبضه ، ولا يلزم من عدم صحة إقراره على موكله وعدم براءة ذمة المديون أن تسمع دعواه عليه فإن إقراره بقبض موكله الدين يمنعه من سماع دعواه على المديون بالدين لتناقضه ، والمتناقض لا تسمع دعواه وإن كان وكيلاً عن غيره . هذا ما ظهر لي ، والله سبحانه وتعالى اعلم .

هذا ، وقد ذكر هذا الفرع في جامع الفصولين عن فرع الجامع الكبير مطلقاً عن التقييد ، ولكن قيده في الفصل الرابع في الوكالة بالبيع من الفتاوى البزازية بأن يكون الموكل سلم المبيع إلى وكيل البيع . وزاد أن الموكل له أن يحلف الوكيل على ما زعم من أنه ، أي الموكل ، قبض الثمن من المشتري . فإن حلف برىء هو أيضاً ، وإن نكل ضمن الثمن للموكل .

ومما خرج عنها أيضاً ما في جامع الفصولين (الفصل / 34 صفحة / 224) : لو انفق اجنبي على بعض الورثة فقال : انفقت بأمر الوصي ، وأقر به الوصي ، ولا يعلم ذلك إلاّ بقول الوصي بعد ما انفق يقبل قول الوصي لو كان المنفق عليه صغيراً (انتهى) فقد تعدى إقرار الوصي على الصغير .

* * *

القاعدة الثامنة والسبعون (المادة / 79)

« المرء مؤاخذ بإقراره »

الشرح مع التطبيق

المرء مؤاخذ بإقراره إذا كان بالغاً عاقلاً طائعا فيه ، ولم يصر مكذبا فيه بحكم الحاكم ، ولم يكن محالاً من كل وجه عقلاً أو شرعاً ، ولم يكن محجوراً عليه ، وأن لا يكون مما يكذبه ظاهر الحال ، وأن لا يكون المقر له مجهولا جهالة فاحشة (ر : المادة / 1573 و 1575 و 1576 و 1577 و 1578 من المجلة) .

فلو أقر صغيراً أو معتوهاً أو مكرها لا يعتبر إقراره إلا في السارق إذا أقر مكرها ، فأفتى بعضهم بصحته ورجحه في البزازية وغيرها ، كما في التكملة .

وكذا اذا صار مكذباً بحكم الحاكم بطل إقراره (ر : المادة / 1587 و 1654) كما إذا ادعى مشتري العقار أنه اشتراه بألف مثلاً ، وأثبت البائع أن الشراء كان بألفين وقضى له ، فإن الشفيع يأخذه بألفين وإن كان المشتري أقر بالشراء بألف ، لأنه لما قضى عليه بالبينة صار مكذبا بحكم الحاكم وبطل إقراره .

وكذا إذا كان المقر به محالاً من كل وجه ، عقلاً ، أو شرعاً :

فالأول : كما إذا أقر له بأرش يده التي قطعها وهي قائمة .

والثاني : كما إذا أقر لوارث معه أنه يستحق بطريق الإرث أكثر من حصته الشرعية كان باطلا .

وكما لو أقر بالدين بعد أن قبل إبراء الدائن منه كان باطلاً (كما في فصل الاستشراء من دعوى الدرر) .

وكما لو أقرت المرأة أن المهر الذي لها على زوجها هو لفلان أو لوالدها فإنه لا

يصح (كما في مداينات الأشباه) .

وكما لو أقر لزوجته بنفقة مدة ماضية كانت فيها ناشزة، فإنه لا يصح إقراره (كما في الحموي على الأشباه ، من الإقرار) .

وبقية التمثيل للمحترزات يعلم من مراجعة بقية المواد .

أما إذا كان المقر به ليس محالاً من كل وجه ، بأن كان يمكن ثبوته في الجملة ، كما إذا أقر لصغير بقرض ، أو ثمن مبيع باعه إياه أو أقرضه ، صح وإن كان لا يتصور صدوره من الصغير ، لأن المقر محل لثبوت الدين عليه للصغير في الجملة (ر : الأشباه) .

(تنبيه) :

يعلم مما هنا حكم حادثة شرعية ، وهي أن رجلاً في عهدته جهة إمامة بمعلومها الشهري المعين لها من غلة الوقف ، فأقر لغيره بأن فلاناً يستحق نصف معلوم تلك الجهة دوني ، ولا شك في بطلان هذا الإقرار ، لأنه لا يمكن شرعاً أن تكون الجهة في عهدة زيد أصالة والقيام بها مستحقاً عليه ، ويكون شيء من معلومها مستحقاً لعمرو ، إذ يستحيل شرعاً أن يكون ما يستحقه الانسان الحر لقاء عمله حقاً لغيره دونه ، وفي تصحيح هذا الإقرار تغيير للمشروع ، وهو ليس في وسع المقر .

(تنبيه آخر) :

يشترط لاعتبار الإقرار شرعاً والعمل بموجبه أن لا يكون اعتباره والعمل بموجبه مضراً بالغير ومفوتا عليه حقاً ، فإن كان مفوتاً عليه حقاً بطل ، فقد قال في أواخر الفصل الثالث من جامع الفصولين : « ولو أقر (أي المدعى عليه دار) بالدار لغيره بعدما أقام المدعي شاهداً واحداً أو شاهدين قبل الحكم بطل إقراره ولا تندفع به الدعوى . فلو جاء المدعي بالشاهد الآخر أو ظهرت عدالة الشاهدين والدار في يد المقر بعد فالقاضي يحكم على المقر. انتهى.

ومثل إقامة الشاهد أو الشاهدين في الحكم ما لو أراد المدعي تحليف المدعى عليه فأقر بالعين المدعى بها لغيره فإنه لا تندفع عنه اليمين (كما في الفصل الخامس عشر من جامع الفصولين ، أو ص 202).

والظاهر أن هذا مقيد بما إذا كان المقر له ، والحالة هذه ، غير صغير أو وقف ،

بدليل ما تقدم تحت المادة / 78 / عن الفصل الخامس من جامع الفصولين فانظره . فقد بطل الإقرار لما كان تصحيحه والعمل بموجبه مضراً بالغير ، وهو المدعي ، ومفوتاً عليه حقاً .

وليس بمستنكر تفريع هذا على الفقرة الثانية من القاعدة السابقة وهي : « الإقرار حجة قاصرة » ثم لينظر ما لو كانت الدار المدعى بها في الصورة المذكورة عند ظهور عدالة الشاهدين ليست في يد المقر ، بل كان سلمها للمقر له . والظاهر أن الحاكم ينزعها من يده ويسلمها للمدعي . وإذا كان غائباً يخير الحاكم المشتري : إن شاء أخذ من المقر القيمة ، وإن شاء انتظر ، حتى يقدم الغائب .

فقد نقل في جامع الفصولين ، من المحل المذكور ، عن الأصل بُعيدَ ما تقدم ما لفظه: «فلو برهن (أي المدعي) ثم باعه (أي باع المدعَى عليه المدعَىٰ) فلو قدرت على المشتري أبطلت البيع ولو لم أقدر عليه وعدّلت البينة خيرت المدعي: لو شاء أخذ من البائع قيمته، ولو شاء وقف الأمر حتى يقدم المشتري (انتهى).

والظاهر أن ما قيل في صورة التسليم بحكم البيع يقال في التسليم بحكم الإقرار ، بل هو أولى .

تنبيه آخر :

لو أقر ثم ادعى الخطأ لا يصدق (ر : الدر المختار ، قبيل كتاب الصلح) .

ولو أقر فلما استند خصمه الى إقراره ادعى أنه كان كاذباً فيه وطلب من الحاكم تحليف اليمين على أنه لم يكن كاذباً في إقراره فإن الحاكم يحلفه (ر : المادة / 1589 من المجلة) إلا في مسألة واحدة لو طلب فيها تحليف الخصم على ذلك فإنه لا يحلَّف ، وهي : ما إذا أقر ثم مات فادعى ورثته أنه كان أقر كاذباً وطلبوا تحليف المدعي اليمين على أنه لم يكن كاذباً في إقراره لا يحلف ، لأنهم حين أقر لم يكن تعلق حقهم في ماله ، وحين تعلق حقهم في ماله صار المال حقاً للمقر له [1] .

ولو ادعوا أنه كان أقر له تلجئة وطلبوا تحليفه على أنه لم يكن إقراره تلجئة يحلف المقر له : بالله لقد أقر لك إقراراً صحيحاً (ر : نور العين ، وجامع الفصولين ، عن الفصل الخامس عشر) .

---

(1) الأصح : التحليف ، كما في الدر وحاشيته ، قبيل باب الاستثناء .

وقال في نور العين بعده : يقول الحقير : وكان ينبغي أن يتحد حكم المسألتين إذ الإقرار كاذباً موجود في التلجئة أيضاً . ولعل وجه الفرق هو أنه في دعوى التلجئة يدعي الورثة على المقر له فعلاً وهو تواضعه مع المقر في السر ، فلذا يحلفه بخلاف دعوى الإقرار كاذباً . انتهى ببعض توضيح .

بقي ما لو أقر ثم ادعى الخطأ في الإقرار ، هل يحلف الخصم على عدم كون المقر مخطئا كما يحلف لو ادعى الكذب في الإقرار على عدم كونه كاذباً في إقراره ؟ الظاهر أنه يحلف (ر : المادة / 1589 من المجلة) . إذ معنى كونه مخطئا أن إقراره له ليس بصواب ولا موافقاً للحقيقة وهو معنى كونه كاذباً فيه ، وهو أولى فيه ، لأن دعوى الكذب تعمد للإقرار وإقدامه عليه مع علم بعدم وجوب شيء عليه ، وهو أحق بأن يؤاخذ فيه فلم يؤاخذه ، فكان عدم مؤاخذته في الخطأ أولى .

(تنبيه آخر) :

إن مؤاخذ ، المرء بإقراره تجري على إطلاقها في القضاء لا في الديانة ، لأن المُقَر له إذا كان يعلم أن المقر كاذب في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه . أما لو اشتبه الأمر عليه حل له الأخذ عند محمد خلافاً لأبي يوسف (ر : رد المحتار ، من البيع الفاسد ، عن النهر ، قبيل قول المتن : بنى أو غرس فيما اشتراه فاسداً) .

* * *

القاعدة التاسعة والسبعون (المادة / 80)

« لا حجة مع التناقض ، ولكن لا يختل معه حكم الحاكم »

الشرح مع التطبيق

« لا حجة مع التناقض » أي لا تعتبر الحجة ولا يعمل بها مع قيام التناقض فيها ، أو في دعوى المدعي . « ولكن » إذا وقع التناقض في الحجة ، أي الشهادة ، بعدما حكم بها « لا يختل معه حكم الحاكم » .

مثلاً : لو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة ، لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به أولاً لا ينتقض حكم ذلك الحاكم، وإنما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به.

إن التناقض إما أن يكون في الدعوى فقط ، أو في الشهادة فقط ، أو بين الدعوى والشهادة .

أ) ـ فإن كان في الدعوى ترد ابتداء ، فلا تسمع حتى يمكن التوصل لإقامة الحجة عليها ؛ إلا فيما إذا كان التناقض في محلات الخفاء الآتية ، أو فيما إذا وفّق المدعي بين تناقضه . كما لو أقر أحد بأنه استأجر داراً ثم ادعى أنها ملكه ، فإن دعواه لا تسمع ، ولكن إذا وفق ـ كأن قال : كنت مستأجراً ثم اشتريتها ـ تسمع دعواه (ر : المادتين/ 1655 و 1657 من المجلة) .

ب) ـ وإن كان التناقض في الشهادة ، بأن رجع الشهود ـ كما في مثال المادة السابقة ـ فإنه يشترط أولاً أن يكون رجوعهم في مجلس حاكم ، أي حاكم كان ، فلو رجعوا خارج مجلس الحاكم لا يلتفت الى رجوعهم مطلقاً ، سواء كان قبل الحكم أو بعده (ر : المادة / 1731) من المجلة .

وأما لو رجعوا في حضوره : فإن كان قبل الحكم بشهادتهم ترد لأنه لا نقيض بكلام متناقض ويعزرون ، ولا ضمان عليهم لأنهم لم يتلفوا بشهادتهم شيئاً . وان كان بعد الحكم بها لا ينقض حكم الحاكم الذي صدر قبل الرجوع ، لأن كلامهم الثاني مثل الأول في احتمال الصدق ، فينظر حينئذ فيما يرجح أحد الكلامين على الآخر ، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به ، والقضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن ، فلا ينقض برجوعهم هذا ولكن يضمنون للمشهود عليه ما تلف بشهادتهم لأنهم لما رجعوا بعد القضاء فقد أقروا على أنفسهم بالإتلاف ، والإتلاف سبب للضمان . وكونهم متناقضين لا ينافي مؤاخذتهم ، لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار ، كما لو أنكر الخصم ثم أقر فإنه يعمل بإقراره ، لأنه ليس بمتهم فيه (ر : المرآة ، والدر المختار ، من باب الفضولي) .

وكما يضمن الشهود بالرجوع بعد القضاء يضمنون إذا ذكروا في شهادتهم شيئاً لازماً للقضاء وقضي بها ، ثم ظهر الأمر بخلافه . كما لو شهدوا لمن يحجب بغيره من الوراثة أنه وارث ، ثم ظهر أنه غير وارث وأن الوارث غيره ، فإن الوارث مخير بين تضمين الشهود أو المشهود له . وكذلك لو شهدوا أن له عليه كذا ، فقضي عليه ، ثم برهن على إبراء الدائن ، فإن المقضي عليه مخير في تضمين الشهود أو المشهود له ، بخلاف ما لو شهدوا بقرض فقط فقضي عليه ، ثم برهن على الإبراء ، فإنه لا سبيل له على الشهود وإنما يضمن المشهود له .

(ر : جامع الفصولين ، آخر الفصل الرابع عشر)

وإن كان التناقض في دعوى المدعي والشهادة ، كما لو ادعى على آخر ألفاً ثمن مبيع فشهد الشهود بأنه قرض ، أو ادعى ملك الشيء بالإرث من والده فشهدوا أنه ملكه بالإرث من أمه ، أو ادعى بألف قرش ذهبا فوافق أحد الشهود وخالف الآخر فشهد أنها فضة ونحو ذلك ، فإن البينة في جميع ذلك لا تعتبر (ر : المادتين /1711 و 1712 من المجلة) .

(تنبيه) :

علل في الهداية اشتراط مجلس القضاء في الرجوع عن الشهادة بأن الرجوع فسخ للشهادة ، فيختص بما يختص أداؤها به ، وهو مجلس القضاء ، وبأن الرجوع توبة ، وهي على حسب الجناية ، فالسر بالسر والإعلان بالاعلان .

واعترض الشراحُ الأولَ بأن التلازم ممنوع فيه ، فلا يلزم من اختصاص ابتداء أداء الشهادة بمجلس الحكم أن يختص الرجوع عنها به ، لأن الرجوع ليس شهادة ، وإنما هو إقرار بالكذب الذي يترتب عليه ضمان المال ، فينبغي أن تقبل البينة عليه .

واعترض الثاني في تكملة فتح القدير بأن الإعلان لا يجب أن يكون في مجلس الحكم ، بل يتحقق في مجاهرة الناس به والإشهاد عليه . ولم يأت أحد بجواب فيه مقنع .

والذي يظهر في توجيه اشتراط مجلس القضاء أن مدعي الرجوع لو أراد أن يثبت رجوعهم بالبينة ، فإما أن يثبته بغيبتهم أو بمواجهتهم ، ولا سبيل الى إثباته بغيبتهم ولو سراً ، لأنه يترتب عليه تضمينهم ، فيكون قضاء على الغائب بدون نائب عنه ، وهو لا يمكن . ولا سبيل الى إثباته بمواجهتهم ، لأنه جرح مجرد علني ، فلا تقبل دعواه به ، لأنه تفسيق قصدي ، فلم يبق سبيل الى ثبوت الرجوع إلا الإقرار في مجلس القضاء .

ولا يقال : « إن دعوى رجوع الشهود ليست جرحاً مجرداً ، بل هي جرح مركب لما يترتب عليه من تضمينهم فينبغي أن يقبل علناً » لأن الجرح المركب يثبت فيه التفسيق تبعاً لدعوى المال المحضة ، كما لو ادعى المشهود عليه بأن المدعي استأجر الشهود ودفع لهم الأجرة من مال المشهود عليه فيطلب استرداده ، فأخذ المال هنا موجب بنفسه للرد ، ويثبت تفسيق الشهود المستأجرين تبعاً ، أما في مسألتنا فإن تضمين الشهود المال إنما هو فرع تفسيقهم بإثبات الرجوع عليهم ، فتكون دعوى الرجوع عليهم ـ والحالة هذه ـ جرحاً مجرداً فلا تسمع .

(تنبيه آخر) :

من محلات الخفاء ما لو استأجر أحد داراً ، ثم بعد الاستئجار علم أنها منتقلة اليه بالإرث ، وادعى بذلك فإن دعواه تسمع (رَ : المجلة ، المادة / 1655) .

ومنها ما ذكره الرملي (في حاشيته على جامع الفصولين ، من الفصل العاشر ، ص 127 من المجلد الأول) نقلاً عن القاعدي : غاب له ثوب من المَقْصرة ، فادعاه على أحد تلاميذ القصار ، ثم ادعاه على آخر تسمع ، ولا تناقض بينهما لما ذكرنا ،أن الحال متى كان مما يشتبه يعفى . انتهى .

وهذا يدل على أن كل ما كان فعل غيره مستقلا عنه فهو من محلات الخفاء ، لأنه مما يشتبه ، كما هنا ، بخلاف ما لو كان فعل نفسه ، فإنه لا يعفى ، لأنه ليس مما يشتبه . فقد نقل الرملي ، في المحل المذكور قبل ما تقدم ، عن البزازية : ادعى على زيد أنه دفع له مالاً ليدفعه إلى غريمه وحلفه ، ثم ادعاه على خالد وزعم أن دعواه على زيد كانت ظناً لا تقبل ، لأن الحق الواحد كما لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد . انتهى.

ومثل هذا جاء في المادة / 1651 / من المجلة ، وهو واضح لأن الدافع هو المدعي فكيف يشتبه عليه فعل نفسه ؟ أو كان فعل غيره ولكن كان غير مستقل ذلك الغير به . كما لو ادعى أن فلاناً غصب منه الشيء الفلاني واستهلكه وعجز عن إثباته ، ثم ادعى على آخر أنه غصبه منه ، فالظاهر أن دعواه الثانية لا تسمع ، لأنه وإن كان فعل غيره لكنه غير مستقل ، إذ انه يدعي انه غصبه منه وأزال يده عنه فهو غير مجهول لديه فلا يعفى .

أما فرع القاعدة المذكور فليس فيه هذا المعنى ، بل ادعى الأخذ من محل القصار ، وهذا فعل مستقل ومنقطع عنه لا اتصال له به حتى يكون معلوماً له الآخذ ، فكان مما يشتبه ، فعفي فيه عن التناقض .

ومنها : ما لو اختلعت من زوجها على بدل دفعته له ، ثم ادعت ان كان طلقها قبل الخلع ثلاثاً مثلا ، فبرهنت على ذلك ، تقبل بينتها وتسترد البدل (ر : الدر وحاشيته ، من آخر باب الاستحقاق) .

وهذا بخلاف ما لو ادعى نكاحها فأنكرت فصالحها على بدل على أن تقر بالنكاح ، ثم وجد بينة على النكاح الأول المدعى ، لا يرجع بالبدل لأنه كزيادة في المهر (ر : جامع الفصولين ، الفصل المكمل العشرين ، ص258) .

(تنبيه آخر) :

من المعلوم أن المتناقض إذا صار مكذباً شرعاً بتكذيب الحاكم له يرتفع تناقضه ، فلو ادعى عيناً في يد آخر أنها ملكه ، فأجاب المدعى عليه بقوله : إن العين كانت ملك فلان وأنا اشتريتها منه ، وأقام المدعي البينة على دعواه وحكم له بالعين ، رجع المدعى عليه على بائعه بالثمن ، لأن التناقض الذي وقع بين إقراره

بكون العين للبائع وبين رجوعه بالثمن بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب الحاكم له في إقراره (رَ : المادة / 1654) .

وأمثلة هذا كثيرة .

ولكن هذا مقيد بما إذا كان المتناقض يجري في رجوعه عن تناقضه على ما قامت عليه البينة ، كالمثال المذكور ، أما إذا كان يريد أن يجري على خلاف ما قامت عليه البينة فإنه لا يسمع منه ذلك ولا تقبل :

فلو ادعى على آخر ديناً فأنكر المدعى عليه بقوله : ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك ، فبرهن المدعي على الدين ، فبرهن المدعى عليه على الإيفاء ، أو على الإبراء ، لا تقبل .

وكذلك لو ادعى على آخر عيناً بالشراء منه ، فأنكر البيع ، فبرهن عليه المشتري ، ثم وجد بالمبيع عيباً فأراد رده عليه بالعيب ، فبرهن البائع أنه بريء إليه من كل عيب لا تقبل بينته مع أنه صار مكذبا بالقضاء عليه ، وذلك لأن البينة قامت على قيام الدين في الأول ، وعلى بيع مطلق موجب لتسليم المبيع سليماً في الثاني . وبدعواه الإيفاء أو الإبراء في الأول ، والبراءة من العيوب في الثاني يرد ما قامت عليه البينة ، فلا يقبل وإن صار مكذبا بحكم الحاكم ، لأنه والحالة هذه لا يجري على موجب حكم الحاكم .

بخلاف فروع المادة / 1654 / المارّة ، فإن المدعى عليه بعد تكذيب الحاكم له جارٍ على موجب حكم الحاكم وجاعله مبنى لدعواه لا معاكس له كما هو ظاهر ، كما يستفاد من أوائل الفصل السادس عشر من نور العين (بعد نحو ورقتين من أول الفصل) وهذا نفيس جداً ، فليحفظ .

(تنبيه آخر) :

الشاهد لو أنكر شهادته بعد الحكم بها لا يضمن ، لأن إنكار الشهادة ليس برجوع ، بل الرجوع أن يقول : كنت مبطلاً في الشهادة (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الرابع عشر ، صفحة / 191) .

الخلاصة :

إن التناقض يعفى عنه في محلات الخفاء ، كالنسب والعتق والطلاق . وكذلك

يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم .

ويجب أن يضاف الى أسباب العفو عن التناقض غير محلات الخفاء سبب آخر هو الاضطرار ؛ فقد نقل في الدر المختار (أواخر القضاء) أنه لو أقر أحد بدين لآخر ثم ادعى أن بعضه قرض وبعضه ربا تسمع دعواه ويقبل برهانه على ذلك .

ونقل في رد المحتار عن القنية أنه إنما يقبل برهانه ، وإن كان متناقضاً في دعواه ، لأنه مضطر .

فهذا صريح في أن الاضطرار من أسباب العفو عن التناقض . ووجه الاضطرار في إقراره في الفرع المذكور انه عندما يحتاج الى الاستدانة ولا يقبل الدائن أن يدينه إلا بالربا ، فإنه لا يعطيه القرض إلا إذا أخذ عليه صكاً مثلا يتضمن إقراره بأنه مدين بجميع المبلغ الذي هو أصل وربا ، أو أشهد على إقراره بذلك .

* * *

القاعدة الثمانون (المادة / 81)
« قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل »

الشرح مع التطبيق

« قد يثبت » أي قد يوجد ويبقى « الفرع مع عدم ثبوت الأصل » أي وجوده .

أفادت هذه المادة أنه لا تلازم بين الأصل والفرع في الوجود :

أما وجود الأصل بدون وجود الفرع ، كالمديون إذا لم يكن له كفيل ، فهو ظاهر ، إذ ليس كل أصل له فرع .

وأما وجود الفرع بدون وجود الأصل فأمثلته كثيرة :

منها : ما أفادته المادة بقولها : « مثلاً : لو قال رجل : إن لفلان على فلان ديناً ، وأنا كفيل به ، وبناء على إنكار الأصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم الكفيلَ أداؤه » .

وكذا لو غصب إنسان شيئاً فباعه ، ثم تداولته الأيدي بالبيع والشراء ، فأجاز المالك أحد العقود ، جاز ذلك العقد الذي أجازه خاصة لا ما قبله ولا ما بعده (ر : ردّ المحتار ، باب الفضولي من كتاب البيع ، عند قول المصنف : ووقف بيع الغاصب . . الخ») .

وكذا لو ادعى الزوج بدل الخلع على المرأة ، فأنكرت بانت ولا يلزم المال . (ر : الدر المختار ، من الخلع) .

وكذا لو أقامت المرأة البينة على النكاح ، والزوج غائب ، يقضى بالنفقة لا بالنكاح ، كما هو مذهب زفر المفتى به (ر : الدر ، من النفقة) .

وكذا لو أوقع على إحدى زوجتيه طلاقاً مبهماً ثم ماتت إحداهما قبل البيان

تتعين الأخرى للطلاق . فلو قال : كنت عنيْت بالطلاق التي ماتت ، لا يعتبر قوله ، ولكن يحرم بسببه الميراث (ر : البدائع ، من العدة ج3 / 225).

وكذا الوكيل بقبض العين لو طلبها من ذي اليد فأقام ذو اليد البينة على أنها ملكه بالشراء أو الهبة من موكله ، أو أنها رهن عنده منه ، تسمع بينته فتقصر يد الوكيل بدون أن يقضى بالشراء أو الهبة أو الرهن إلا إذا أحضر الوكيل وأقيمت البينة بمواجهته .

ومثله الوكيل بنقل الزوجة أو العبد ، إذا أقامت الزوجة ، أو العبد ، البينة على الطلاق ، أو العتاق ، تقصر يد الوكيل ولا يقضى بأحدهما (ر : الهداية ، باب الوكالة بالخصومة والقبض) . فقد قضى بقصر يد الوكيل الذي هو فرع من غير أن يقضى بالمدعى به الذي هو الأصل .

وكذا لو ادعى مجهول النسب على آخر أنه ابنه ، وبرهن ، فأقام الآخر البينة على أن المدعي هو ابن فلان الآخر ، تقبل في دفع بينة المدعى لا في إثبات نسبه من فلان الآخر (ر : جامع الفصولين ، أواخر الفصل العاشر ، عن فتاوى رشيد الدين) . وقد وقع في الفتاوى الخانية أن البينة الثانية لا تقبل ، لكن نقله في جامع الفصولين أيضاً ، واعتمد بعد التحقيق حمله على التوفيق المتقدم من أنها تقبل لدفع الدعوى لا لإثبات النسب من الغير .

وكما لا تلازم بين الفرع والأصل في الوجود لا تلازم بينهما في السقوط بعد الوجود :

أما عدم سقوط الأصل بسقوط الفرع فكذلك أمر ظاهر ، إذ لا يلزم من إبراء كفيل المال والنفس مثلاً براءة الأصيل .

أما عدم سقوط الفرع بسقوط الأصل ، فكالفرع المستثنى من القاعدة الموفية الخمسين .

وكما لا تلازم بينهما في ذلك لا تلازم بينهما في السلطة والصلاحية . فكثيراً ما يملك الأصل ما لا يملكه الفرع ، وذلك ظاهر ، كالموكل يملك ما لا يملكه وكيله .

وقد يملك الفرع ما لا يملكه الأصل ، كالمريض إذا صار مديوناً بما يحيط بماله إذا باع في مرض موته وحابى فيه ولو قليلاً ، فإن محاباته لا تجوز وإن قلت .

والمشتري منه بالخيار إن وفى الثمن إلى تمام القيمة وإن شاء فسخ . وأما وصيه بعد موته إذا باع تركته لقضاء ديونه وحابى قدر ما يتغابن فيه صح بيعه ويجعل عفواً (ر : رد المحتار ، أوائل فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء) فقد ملك الفرع ما لا يملكه الأصل في هذا .

* * *



القاعدة الحادية والثمانون (المادة / 82)
« المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط »

الشرح مع التطبيق

« المعلق بالشرط » من الأمور الآتية التي يصح تعليقها بالشرط « يجب ثبوته » أي وجود المعلق « عند ثبوت الشرط » أي وجوده .

التعليق : هو التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل . أو هو : ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى ، سواء كان الربط بإحدى أدوات الشرط ، نحو : إن ، وإذا ، وإذا ما ، وكلّ ، وكلما ، ومتى ، ومتى ما ، ولو . أو بما يقوم مقامها في إفادة الربط المذكور من نحو ظرفٍ أو حرف جر غير لام التعليل أو استثناء « بإلا أنَّ » إذا تقدمه ما لا يحتمل التأقيت ، كالطلاق .

كما لو قال : امرأته طالق إلا أن يقدم زيد مثلاً فإنه يحمل على الشرط ، فيصير كأنه قال : إن لم يقدم زيد فامرأته طالق (ر : الدر وحاشيته ، من باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام) .

أما ما يحتمل التأقيت ، كالأمر باليد فإنه يكون للغاية لا للشرط .

ويشترط لصحة التعليق : كون الشرط المعلق عليه معدوماً في الحال ممكن الوجود عادة في المستقبل .

فالتعليق بالمحقق الوجود في الحال : كإن كانت السماء فوقنا تنجيز .

وكذا التعليق بالممكن عقلاً لا عادةً، كإن لم أصعد السماء، وإن لم أقلب هذا الحجر ذهباً، فإنه تنجيز يحنث به للحال.

والتعليق بالمستحيل الوجود ، كإن دخل الجمل في سم الخياط لغو وباطل

(ر : الدر المختار ، أول باب التعليق ، ومن الأيمان) .

ثم الأمور التي يرد عليها التعليق بالشرط ثلاثة أنواع :

الأول) ـ ما يصح تعليقه بمطلق الشرط ملائماً أو غير ملائم ، وهي : الإسقاطات المحضة التي يحلف بها ، كالطلاق والعتاق . فان كلاً منهما يصح تعليقه بالشرط مطلقاً ملائماً كان ، كقوله لزوجته : إن أسأت إلي فأنت طالق ، أو غير ملائم ، كما إذا علق طلاقها بدخول الدار مثلاً ، فإن المعلق في كل ذلك ينزل ويثبت عند ثبوت الشرط .

وتقييد الإسقاطات بـ « المحضة » لإخراج غير المحضة ، وهي ما فيها تمليك من وجه ، كالإبراء فإن التعليق بالشرط يبطله ، كما سيأتي في الكلام على المادة الآتية .

وتقييد الإسقاطات بـ « التي يحلف بها » لإخراج ما لا يحلف به منها ، وذلك كإسقاط الشفعة ولو بعد ثبوتها ، فلو علقه بغير كائن لا يصح تعليقه ، ويبقى على شفعته .

الثاني) ـ ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط . وهو ما يؤكد موجب العقد ، وذلك كالإطلاقات ، والولايات :

فالأول : كالإذن بالتجارة ، والإذن بالخروج فيما لو حلف على زوجته أن لا تخرج إلاّ بإذنه ، والإذن من قبل البائع للمشتري إذا باعه الموجود من الثمر وأذن له بأكل ما لم يظهر .

والثاني : كالقضاء ، والإمارة . فإن كلاً منهما يصح تعليقه بالملائم من الشروط ، كقول الرجل لابنه : إن بلغت رشيداً فقد أذنت لك بالتجارة ، وكقول الحالف لزوجته : كلما خرجت فقد أذنت لك (ر : الدر المختار ، باب اليمين بالدخول والخروج ، وحاشيته) . وكقول بائع الثمر للمشتري بعد أن أذن له بأكل ما سيظهر من الثمر إذا خاف المشتري أن يرجع عن الإذن : كلما رجعت عن الاذن فأنت مأذون بالأكل (ر : الدر المختار وحاشيته ، باب ما يدخل في البيع تبعاً) . لكن قد مشت المجلة في المادة / 207 / على قول الحلواني في هذه المسألة ، من أن البيع صحيح في المعدوم تبعاً للموجود . وكقول الإمام : إن شغرت الولاية

الفلانية فقد وليتك إياها .

ومما يصح تعليقه بالملائم : الكفالة والإبراء، كقوله : إن استحق المبيع فأنا كفيل بالثمن ، وقوله : إن غاب المديون أو مات ولم يدع شيئاً فأنا كفيله ، وقوله : إن قدم فأنا كفيله ، وكقوله : إن وافيت به غداً فأنت بريء .

والثالث) ـ ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقاً . وهو المعاوضات المالية ، كالبيع والشراء والإجارة والقسمة والصلح عن مال بمال .

[وكذا التمليكات، كالهبة . ويستثنى الوصية إذا علقت بالموت ، فإنها تصح على خلاف القياس] .

كما يعلم جميع ذلك من تتبع باب ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به من الدر المختار وحاشيته .

(تنبيه) :

لا يخفى أنه إذا اختلف الزوجان في وجود شرط الطلاق المعلق وعدمه فالقول قول منكر وجود الشرط ، وهو الزوج ، والبينة بينة الزوجة على وجوده (ر : الدر المختار ، من باب التعليق) .

ولكن إذا ثبت وجود الشرط بالبينة فليس وقوع الطلاق مطرداً في ذلك ، بل في المسألة تفصيل ، وهو أن التنازع إذا قام على وجود الطلاق لوجود شرطه ، وثبت وجود الشرط بالبينة ، فلا كلام في وقوعه أي شيء كان الشرط ، أي سواء كان الشرط مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن تعليق الطلاق عليه أو لا .

وأما إذا قام التنازع فيما يصح التنازع فيه لذاته من غير أن يكون شرطاً للطلاق ، ولكن كان هناك طلاق معلق عليه ، كما لو تنازع الزوج مع آخر في شيء فحلف بالطلاق على مدعاه ، ثم ثبت بالبينة خلافه ، فإما أن يكون المتنازع فيه عيناً أو ديناً :

ـ فإن كان المتنازع فيه عيناً ، كما لو ادعى على الزوج داراً مثلاً فحلف بالطلاق أنها ليست ملك المدعي . ثم أثبت المدعي ملكه بالبينة لا يحنث الزوج في يمينه ، لأن البينة حجة في الظاهر (أي إنها ظنية) .

ـ وإن كان المتنازع فيه ديناً ، فحلف بالطلاق أن لا دين له عليه ، فبرهن المدعي على الدين فينظر : إن كان ادعى الدين بسبب ، كالقرض مثلاً ، وبرهن على السبب لا يحنث ، لاحتمال الإبراء والإيفاء بعد السبب . وإن كان ادعاه مطلقاً عن السبب ، وبرهن كذلك حنث ، لأن البينة قامت على وجود الدين في الحال فيحنث .

والفتوى في الدين على هذا التفصيل (ر : جامع الفصولين وحاشيته للرملي ، أواخر الفصل الخامس عشر ، صفحة / 205) .

* * *

القاعدة الثانية والثمانون (المادة / 83)

« يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان »

الشرح مع التطبيق

« يلزم مراعاة الشرط » الجائز « بقدر الإمكان » .

ومراعاته بالوفاء به، فإنه ورد في الحديث عن أنس وعائشة رضي الله تعالى عنهما، عنه ﷺ انه قال: «المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك».

والمراد بالشرط هنا المقيد به، المعرف بأنه : التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة ، لا المعلق عليه، المعرف بما تقدم في المادة السابقة ، فهو هنا غيره هناك . والفرق بين المعلق بالشرط والمقيد بالشرط أن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ، لأن ما توقف حصوله على حصول شيء يتأخر بالطبع عنه . بخلاف المقيد بالشرط فإن تقييده لا يوجب تأخره في الوجود على القيد ، بل سبقه عليه كما هو ظاهر .

ثم تقييد الشرط بـ « الجائز » لإخراج غيره . فإن الشرط ثلاثة أنواع :

1) - شرط جائز ، وهو : ما يقتضيه العقد ، أي يجب بدون شرط ، كاشتراط حبس المبيع بالثمن .

أو يلائمه ، وذلك بأن يكون راجعاً إلى صفة المبدل ، ككون الفرس مثلاً أصله كذا ، أو إلى صفة البدل ، كدراهم بيض أو معجلة أو مؤجلة ، أو إلى التوثق به كاشتراط رهن بالثمن معلوم بالاشارة أو التسمية ، أو كفيل به حاضر وقَبِل الكفالة أو غائب فحضر وقبلها قبل التفرق ، أو اشتراط أن يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن .

أو لا يقتضيه ولا يلائمه ولكن جرى العرف به ، كشراء نعل على أن يشركها البائع .

أو ورد الشرع به بجوازه ، كاشتراط خيار الشرط ونحوه من الخيارات ، فإن الشرط في جميع ذلك تلزم مراعاته .

2) ـ وشرط فاسد . وهو : ما كان بخلاف ذلك وفيه نفع مشروط في صلب العقد من أحد المتعاقدين للآخر غير معطوف بالواو ، كشراء ثوبٍ على أن يصبغه له البائع ، أو الدابةِ على أن يركبها البائع شهراً مثلاً ، أو على أن يحيل البائع رجلاً بالثمن . أو فيه نفع لمبيع من أهل الاستحقاق ، كشراء العبد على أن يعتقه المشتري ، أو على أن لا يخرجه عن ملكه . أو فيه نفع لأجنبي على الأظهر من أحد قولين صحيحين ، كما لو شرط على المشتري أن يبيعه من فلان ، أو شرط على أحدهما أن يقرض فلاناً كذا . فإن كل ذلك مفسد للعقد .

3) ـ وشرط لغو . وهو ما كان بخلاف ذينك الشرطين ، كأن يشترط على أجنبي شرطاً . لو اشترط على أحد المتبايعين يفسد البيع ، أو يشترط ما فيه نفع لأحدهما على الآخر ولكن بعد العقد ، وكذا لو قبله ولكن لم يتفقا على بناء العقد على ما شرطا ، على ما بحثه في رد المحتار . وكبيع الدابة على أن لا يخرجها عن ملكه ، أو على أن يبيعها ولكن لم يعين المشتري . أو شرط شرطاً مفسداً ولكن عطف بالواو كبعتك بكذا وعلى أن تقرضني كذا ، فإن العقد في جميع ذلك يصح ويلغو الشرط .

ثم إن المعاملات الشرعية بالنسبة إلى التقييد بالشرط الفاسد تنقسم إلى قسمين :

1) ـ قسم منها يفسد بالشرط الفاسد ، وهو المبادلات المالية ، وهي : البيع ، والقسمة ، والإجْارة ، والصلح عن مال بمال من خلاف جنس المدعى به ، والمساقاة ، والمزارعة . فإنها كلها تفسد بالشرط الفاسد . ومثلها إجازة ما انعقد من هذه العقود موقوفاً .

2) ـ وقسم منها لا يفسد بالشرط الفاسد . وهي كل ما ليس من المعاوضات المالية ، سواء كان من المعاوضات غير المالية ، كالنكاح ، والطلاق على مال ، والخلع كذلك ، والصلح عن دم عمداً ، وعن جراحة فيها قود ، ومثله فيما يظهر الصلح على مال عِن الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها كحق الشِرب والمرورِ ، بدليل تقييدهم الصلح في القسم الأول بأن يكون عن مال بمال . أو لم يكن من

المعاوضات أصلاً ، كالإبراء عن الدين ، وكالهبة ، والصدقة، والقرض ، والإيصاء ، والوصية ، وتولية القضاء ، والإذن بالتجارة ، والطلاق ، والعتاق ، والوكالة ، والشركة ، والمضاربة ، والرهن ، والكفالة ، والحوالة إلا إذا شرط فيها الدفع من ثمن دار المحيل مثلاً فتفسد لعدم قدرته على الوفاء بما التزم ، أي من غير أن يشترط على المحيل بيع المحال عليه الدار ، فإذا شرط عليه ذلك صحت ولا يملك عزله أو نهيه عن بيع الدار وإيفاء الدين من ثمنها ويجبر المحال عليه على البيع (ر: رد المحتار من الحوالة، ص295) وكالإقالة، وعزل القاضي، وعزل الوكيل وحجر المأذون ، فإن جميع ذلك لا يفسد بالشرط الفاسد ، بل يصح ويلغو الشرط .

(تنبيه) :

قولنا في التمثيل للشرط اللغو « كأن يشترط على أجنبي شرطاً لو اشترط على أحد المتعاقدين لفسد البيع » فيه احتراز عما لو كان الشرط بحال لو شرط على أحدهما لجاز ، كما لو قال : اشتريت منك بشرط أن يحط عن فلان الأجنبي كذا ، فإن المشتري يكون حينئذ بالخيار : إن شاء أخذ بكل الثمن أو ترك (ر : رد المحتار ، من البيع الفاسد ، عن المنتقى) بخلاف الأول فإن الشرط يلغو فيه وينبرم البيع بلا خيار .

قد ذكرنا أنه لو شرط بين المتعاقدين شرط بعد العقد لا يفسد ، ولكن بقي أنه هل يجب الوفاء بهذا الشرط أم لا يجب ؟ ذكروا في جواب بعض الفروع أنه غير لازم، وذكروا في جواب بعضها أنه يلزم الوفاء به. والذي يظهر من تتبع الفروع أن الشرط إن كان بحيث لو شرط في العقد يفسده فإنه إذا شرط بعد العقد يلغو أو لا يلزم الوفاء به، كاشتراط بائع الزرع على نفسه بعد العقد أن يسقيه ويقوم عليه. فقد نقل في رد المحتار عن النهر أنه غير لازم.

وإن كان لو شرط في العقد يكون جائزاً ومرعياً فإنه إذا شرط بعد العقد يلزم الوفاء به ، كما لو شرطا تشريك النعل أو خيار الشرط بعد العقد فالظاهر أنه يلزم الوفاء به .

(تنبيه آخر) :

أجمل بعض المتون ، كالكنز والتنوير ، فترجم لما يبطل بالشرط الفاسد ولما لا

يصح تعليقه بالشرط ترجمة واحدة وسرد تحتها كلا النوعين ، وساق من جملة ذلك الإبراء عن الدين ،وعلله صاحب الدر وغيره بأنه تمليك من وجه ،ونقل في رد المحتار التمثيل له عن العيني بقوله : أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهراً أو إن قدم فلان ، ثم نقل بعده عن العزمية التمثيل له أيضاً ـ كما في إيضاح الكرماني ـ من أنه لو قال : أبرأت ذمتك بشرط أن لي الخيار في رد الإبراء وتصحيحه في أي وقت شئت ، أو قال : إن دخلت الدار فقد أبرأتك ، أو قال لمديونه أو كفيله : إذا أديت إليّ كذا ، أو متى أديت ، أو إن أديت إليّ خمسمائة فأنت بريء عن الباقي فهو باطل ولا إبراء . انتهى . وظاهر ما في العيني والعزمية أن الإبراء مفرع على الجملتين وأنه لا يصح تقييده ولا تعليقه .

ثم نقل في رد المحتار عقبه ، عند كلامه على التعليل للإبراء بأنه تمليك من وجه ، عن الحلبي ما لفظه : وفيه أن الإبراء عن الدين ليس من مبادلة المال بالمال ، فينبغي أن لا يبطل بالشرط الفاسد . وكونه معتبراً بالتمليكات لا يدل إلا على بطلان تعليقه بالشرط .

ثم نقل عن البحر أن الإبراء يصح تقييده بالشرط ، وأن الزيلعي ذكر في آخر الصلح ان الإبراء يصح تقييده لا تعليقه . انتهى. ثم قال : لكن لا بد أن يكون الشرط متعارفاً كما يأتي . والحاصل أن الإبراء مفرّع على القاعدة الثانية فقط . انتهى ما ذكر في رد المحتار .

فالظاهر أن بعض شراح المجلة لم يرتضوا هذا الكلام مع ما فيه من القوة ، وعدوه من سقط المتاع ، وجروا على أن الإبراء مما يفسد بالشرط الفاسد ، ولا تمسك لهم في عملهم هذا فيما أظن غير تمثيل العيني ونقل العزمية المذكورين،ولا متمسك لهم فيهما :

أما تمثيل العيني فقد ظهر بعد مراجعته أنه لم يستند فيه إلى نقل شرعي ، بل هو من عنده فلا يصادم ما تقدم . وقد نقله عنه الشلبي محشي الزيلعي ولم يقتصر عليه ، بل نقل بعده عن بعضهم تصويره بما ذكرناه عن العزمية إشارة منه الى أنه لم يرتضه .

وأما ما نقله في العزمية عن إيضاح الكرماني فكذلك لا يثبت المطلوب ، فإن الظاهر أنه مبني على ما نقله في رد المحتار من خيار الشرط عن فخر الإسلام من بحث

الهزل من ان خيار الشرط يجري في الإبراء فيكون بطلان الإبراء فيه حينئذ لعدم توقيته . ولكن نقل بعده في رد المحتار عن العمادية والخلاصة بطلان الخيار لا الإبراء وقال : وبه جزم الشارح في أول الهبة . انتهى. وما ذكره فخر الإسلام إنما ذكره في أصوله ، والعمادية والخلاصة من معتبرات كتب الفروع ، ولا عبرة بما في الأصول إذا خالفتها كتب الفروع . وذكر في آخر الخامس والعشرين من جامع الفصولين ، وفي السابع والعشرين من كراهية الهندية مثل ما في الخلاصة والعمادية .

وصحة تقييده بالمتعارف ، كإبراء المبانة زوجها عن المهر بشرط تجديد النكاح لها ، لا يستلزم فساده بغيره ، بل يفيد عدم صحة تقييده بغير المتعارف .

وبما ذكرناه يعلم ما ذكره في رد المحتار بعدما تقدم من قوله والحاصل انه لا وجه لعدهم له فيما يفسد بالشرط الفاسد ، ولذا لم نتابعهم عليه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(تنبيه) :

يستثنى من قولهم فيما تقدم في بيان الشرط الجائز الذي تلزم مراعاته : « أو إلى صفة البدل ، كدراهم بيض أو معجلة أو مؤجلة » ما ذكره في الدر وحاشيته من باب المهر من أنه لو شرط في عقد النكاح تأجيل كل المهر ولم يشترط الدخول بالزوجة قبل القبض ، فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج حتى تقبض المهر في رواية عن أبي يوسف استحساناً ، وبه يفتى . (انتهى) .

القاعدة الثالثة والثمانون (المادة / 84)
«المواعيد بصور التعليق تكون لازمة»

أولاً) ـ الشرح

« المواعيد » التي تصدُر من الإنسان فيما يمكن ويصح التزامه له شرعاً إذا صدرت منه « بصور التعليق » أي بأن كانت مصحوبة بأدوات التعليق الدالة على الحمل أو المنع « تكون لازمة » لحاجة الناس إليها .

وإذا صَدرت بغير صورة التعليق لا تكون لازمة لعدم وجود ما يدل على الحمل والمنع ، بل تكون مجرد وعد وهو لا يجب الوفاء به قضاء .

مثلا : لو قال رجل لآخر : بع هذا الشيء لفلان وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيه لك ، فباعه منه ، ثم طالبه بالثمن فلم يعط المشتري للبائع بعد مطالبته له ، بأن امتنع من الدفع ، أو لم يمتنع ولكن أخذ في المماطلة ، لزم على الرجل أداء الثمن المذكور للبائع ، بناء على وعده المعلق . أما قبل المطالبة فلا يلزم الرجل شيء . والظاهر أن تقدم قوله : بع هذا الشيء لفلان وما أشبهه ليس بشرط لصحة الالتزام ، بدليل ما سيأتي في المادة / 623 / من المجلة ، من أنه لو قال : ان لم يعطك فلان مطلوبك فأنا أعطيك كان كفيلا . انتهى . ولم يشترط فيه أن يقول : أقرضه مثلاً .

ثانياً) ـ التطبيق

ومما يفرع على القاعدة المذكورة :

ـ ما لو قال كفيل النفس : ان لم أوافك بمديونك فلان غداً فأنا أدفع لك دينه ، فلم يوافه به لزمه الدين ، إلا إذا عجز عن الموافاة بغير موت المديون أو جنونه . أما لو عجز بأحدهما عن الموافاة به له فالكفالة لازمة له (رَ : التنوير وشرحه) .

والظاهر أن مثله ما لو قال للمعير أو المودع (بالكسر) : إن أضاع أو استهلك

المستعير أو الوديع العارية أو الوديعة فأنا أؤدي ضمانها ، فأضاعها أو استهلكها لزمه الضمان بناء على وعده المعلق .

ـ ومثل فرع الكفالة : ما لو باع العقار بغبن فاحش ، ثم وعد المشتري البائع بأنه إن أوفى له مثل الثمن يفسخ معه البيع صح ولزم الوفاء بالوعد. (رَ: الدرّ المختار وحاشيته، قبيل الكفالة).

ولا فرق في لزوم الوعد المعلّق المذكور بين أن يصدر في مجلس البيع المذكور أو بعده (ر : الدر المختار ، المحل المذكور) .

ثم إن قولنا : « فيما يمكن ويصح التزامه له شرعاً » خرج به ما لا يصح التزامه شرعاً ، كضمان الخسران ، كما إذا قال : اشتر هذا المال وان خسرت فيه فأنا أؤدي لك ما تخسره ، فاشتراه وخسر فإنه لا يرجع عليه بشيء .

(تنبيه) :

ظاهر هذه القاعدة أنها مطلقة عامة في كل وعد أتى بصورة التعليق والحال خلافه ، فإنهم لم يفرعوا عليها غير مسألتي البيع والكفالة المتقدمتين ، ولم يظهر لي بعد التتبع ثالث لهما ، بل ذكر في بيوع التنقيح فيما لو تبايعا بثمن المثل بيعاً باتاً ، ثم بعد ذلك أشهد المشتري أنه ، أي البائع ، إن دفع له نظير الثمن بعده مدة كذا يكن بيعه مردوداً عليه ومُقالاً منه ، فإن الإشهاد المذكور وعد من المشتري فلا يجبر عليه حيث كان البيع بثمن المثل وعزاه إلى التمرتاشي والبزازي مع أنـه كما ترى معلـق بالشرط .

(تنبيه آخر) :

ذكر بعض شراح المجلة أنه في مثال المادة المذكورة لو مات المكفول عنه قبل أن يطالبه المكفول له لا يلزم الكفيل الضمان من غير أن يستند في ذلك إلى مساعدة نقل شرعي سوى قولهم : المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط . وتابعه على ذلك بعض مدرسي المجلة في زماننا ، ولكن لم يعزه للشارح المذكور ، بل عزاه إلى رد المحتار عن الإمام محمد رحمه الله تعالى . وبعد مراجعة رد المحتار وجـد أن لفظـه هكذا : وعنه أيضاً (أي عن محمد) إن لم يعطك فأنـا ضامـن ، فمات قبـل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان . انتهى . وعزاه إلى النهر عن الدراية . وهـو غـير صحيح ، سواء أرجعنا ضمير (مات) إلى الكفيل كما هو المتبادر ، أو إلى المكفول

كما فهمه الفاضل المدرس ، فإن الكفالة لا تبطل بموت واحد منهما أياً كان وإن كان موته قبل المطالبة . أما لو مات الذي عليه المال فقد قال في الذخيرة (في آخر الفصل السابع من الكفالة) ما ملخصه أنه : إذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالّة فقال رجل : ان لم يعطك فلان ما لك عليه فهو ضامن ، فتقاضاه ولم يعطه فإنه يصير كفيلاً استحساناً لمكان العرف . ثم قال بعده :،وفي المنتقى : إذا مات الذي عليه المال قبل أن يطالبه الطالب لزم الكفيل المال . انتهى .فهو صريح كما ترى في عدم بطلان الضمان بموت المديون قبل المطالبة .

أما لو مات الكفيل فقد قال في البزازية (في الباب الثاني من الكفالة) : إن لم يواف به غداً فعليه ما عليه ، فمات المكفول عنه لزم المال بمضي الغد . وإن مات الكفيل قبل الأجل ان سلمه ورثته قبل الأجل أو المكفول سلم نفسه عن جهة الكفيل قبل مضي الأجل بريء . انتهى . فقد صرح بعدم بطلان الكفالة بموت الكفيل .

وما نقله عن رد المحتار عن محمد رحمه الله تعالى فيه سقط لم يتنبه له الفاضل المدرس ، يعلم من مراجعة البحر ، فإن العبارة المنقولة عن النهر عن الدراية مأخوذة منه . وقد نقلها في البحر عن البزازية لا عن الدراية ، وإنما نقل عن الدراية قبل ذلك كلاماً فيه التمثيل للكفالة المعلقة بشرط ملائم وأنهاه ثم قال : ومنه ما في البزازية : إن غاب ولم أوافك به فأنا ضامن لما عليه . فإن هذا على أن يوافي بعد الغيبة . وعن محمد قال : ان لم يدفع مديونك مالك ، أو لم يقضه ،فهو علي ، ثم إن الطالب تقاضى المطلوب ، فقال المديون : لا أدفعه ، أو لا أقضيه ، وجب على الكفيل الساعة . وعنه أيضاً : إن لم يعطك المديون دينك فأنا ضامن إنما يتحقق الشرط إذا تقاضاه ولم يعطه ذلك . وفي الفتاوى: إن تقاضيت ولم يعطك فأنا ضامن ، فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان . انتهى ، وهي بحروفها في البزازية (في نوع في ألفاظ الكفالة) ولدى مقابلتها على عبارة رد المحتار تبين أنه سقط منها سطر هو ما بعد (فأنا ضامن) الثانية إلى قوله (فمات قبل أن يتقاضاه) الواقعة بعد (فأنا ضامن) الثالثة ، فاتصل قوله (فمات) بقوله (فأنا ضامن) الثانية ، فاختل الكلام . والحق ما نقلناه . هذا ما ظهر والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

القاعدة الرابعة والثمانون (المادة/ 85)
« الخراج بالضمان »

أولاً) ـ الشرح

« الخَراج » الحاصل من الشيء إذا كان منفصلاً عنه غير متولد منه ، ككسب العبد ، وسكنى الدار ، واجرة الدابة « بالضمان » أي بمقابلة دخوله في ضمان من سلم له خراجه ، فما لم يدخل في ضمانه لم يسلم له خراجه . وقد نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن . رواه الطبراني في الكبير عن حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه ، ورمز السيوطي الى حسنه .

وخراج الشيء : ما حصل منه ، والذي يكون منه بمقابلة الضمان ما كان منفصلاً غير متولد ، كالكسب والأجرة ، والهبة ، والصدقة ، فإنه يطيب لمن كان عليه الضمان .

فلو رد المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب ، وكان قد استعمله مدة لا يلزمه أجرته ، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلف من ماله .

وكذلك لو كان آجره ، فإن الأجرة تطيب له .

لكن اختلف في المبيع قبل القبض إذا حدثت الزيادة المنفصلة غير المتولدة ، ثم رُدَّ بالعيب . فعند محمد هي للمشتري بلا ثمن، وعندهما : هي للبائع . واتفقوا على أنها لا تطيب لمن هي له . لأن طيبها إنما يكون بالملك والضمان ، وقبل القبض لم يجتمعا في أحدهما ، بل الملك للمشتري ، والضمان على البائع . حتى لو هلك المبيع ، والحالة هذه، يهلك من ماله .

ثانياً) ـ التطبيق

مما يتفرع على هذه القاعدة المذكورة :

ما لو شرطا في شركة الوجوه مناصفة المشتري ، أو مثالثته ، وشرطا الربح على خلاف ذلك ، فالشرط باطل (ر : المرآة ، عن الدراية) .

ومنه : ما لو استأجر داراً مثلاً ببدل ، ثم آجرها بأكثر منه من جنس ذلك البدل ، فإن الزيادة لا تطيب له إلا إذا أصلحها بإحداث ما تشاهد عينه فيها ، كبناء وتجصيص ، وجعل الخصاف كري النهر من ذلك ، بخلاف كنس الدار وإلقاء التراب من الأرض وإن تيسرت الزراعة فيها (ر : الدر وحواشيه ، من باب ما يجوز من الإجارة) .

* * *

القاعدة الخامسة والثمانون (المادة / 86)

« الأجر والضمان لا يجتمعان »

أولاً) ـ الشرح

« الأجر » أي بدل المنفعة « والضمان » وهو الغرامة لقيمة الشيء أو نقصانه « لا يجتمعان » إذا اتحدت جهتهما ، لأن الضمان إنما يكون بسبب التعدي ، والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب ، ومنافع المغصوب غير مضمونة ، لأن المنافع معدومة ، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية ، وإنما تقوم بعقد الإجارة على خلاف القياس لمكان الحاجة الضرورية اليها ، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامنا ، بل يرتفع ، إذ لا يمكن اعتباره مستأجراً أميناً وغاصباً ضميناً في آن واحد ، لتنافي الحالتين .

قيدنا بقولنا : « إذا اتحدت جهتهما » ليخرج ما إذا اختلفت جهتهما ، وذلك كما لو استأجر دابة لركوبه فركبها وأردف وراءه آخر ليستمسك بنفسه ، وكانت تطيق حمل الاثنين ، فعطبت بعد بلوغ المقصد ، فعليه كل الأجر ويضمن نصف قيمتها ، وذلك لعدم اتحاد جهة الأجر وجهة الضمان . ولو كانت لا تطيق حمل الاثنين ضمن كل قيمتها (ر : الدر المختار ، من الإجارة).

والظاهر أنه لا أجر عليه في صورة عدم إطاقتها ، لأنه حينئذ يعد غاصباً للكل من الابتداء . كما قالوه فيما إذا استأجرها ليحمل عشرة مخاتيم بُرٍّ مثلا ، فحمل عليها أكثر دفعة واحدة فتلفت ، فإن كانت تطيق ما حملها ضمن بقدر الزيادة ووجب الأجر كله . وان كانت لا تطيق ضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لصيرورته غاصباً . وسيأتي الكلام عليه ها هنا في تنبيه خاص .

ثانياً) ـ التطبيق

ثم إن الصور الممكنة التي تدور عليها المادة المذكورة عشر ، وذلك لأن

التعدي الذي هو سبب الضمان إما أن يكون بعد استيفاء المنفعة المعقود عليها كلها ، كما إذا استأجر دابة ليركبها الى مكان معين فركبها إليه ثم جاوزه بمسافة لا يتسامح في مثلها ، أو يكون التعدي بعد استيفاء بعضها ، كما إذا استأجرها ليركبها الى مكان معين فركبها قاصداً له ولكن في أثناء الطريق عرج الى مكان آخر لا يتسامح في مثله عادة ، أو استأجرها ليركبها الى الكوفة مثلاً ذاهبا وجائيا فجاوز بها الكوفة بمسافة لا يُتسامح في مثلها ثم عاد الى الكوفة ، أو يكون التعدي قبل استيفاء شيء من المنفعة ، كما إذا استأجرها ليركبها الى مكان معين فركبها الى غيره . وفي كلا الوجهين الأخيرين من الثلاثة إما أن يستوفي بعد التعدي المنفعة المعقود عليها أو لا . فهذه مع الوجه الأول صارت خمس صور ، وفي كل من الصور الخمس إما أن تسلم العين المأجورة أو تتلف ، فتلك عشرة كاملة حاصلة من ضرب اثنين في خمسة ، يجب الأجر في كل صورة استوفيت فيها المنفعة المعقود عليها كلها أو بعضها قبل التعدي وسلمت العين المأجورة . ولكن عند استيفاء كلها يجب الأجر ، وفي استيفاء بعضها بحسابه ، ولا يجب الأجر لما بعد التعدي . وأما أجر ما استوفاه من المنفعة بعد التعدي وصيرورته ضامناً فإنه ساقط . ففي (الفصل الثالث والثلاثين من) جامع الفصولين ما لفظه : استأجره من الكوفة الى البصرة ذاهباً وجائياً ، فجاوز به البصرة وعاد سلماً الى الكوفة فعليه نصف الأجر المسمى عند ابي حنيفة وأبي يوسف إذ غصب فلا يبرأ إلا بالرد .

وبحث فيه صاحب جامع الفصولين بقوله : وقد مرّ أن من خالف ثم عاد يجب عليه كل الأجر . وبحثه هذا غير ناهض ، لأن ما مر خلاف ما عليه الفتوى ، والفتوى على أن المستأجر لا يبرأ بالعود الى الوفاق ، وإذا لم يبرأ فلا أجر عليه كما بعد التعدي ، كما يعلم مما قدمناه تحت القاعدة الأولى . وما عزاه الى ابي حنيفة وأبي يوسف جزم به في نور العين والفتاوى الهندية ، من غير حكاية خلاف . فقد قال في نور العين : « استأجرها الى مكان ذاهباً وجائياً على أن يرجع في يومه ، ورجع في الغد ، فعليه نصف الأجر للذهاب لا للرجوع إذ خالف فيه » (انتهى) . ونقل في (الفصل السادس والعشرين من إجارات) الفتاوى الهندية ، عن التتارخانية ، عن جامع الفتاوى ، عدم وجوب الأجر أصلاً فيما إذا استأجر دابة الى مكان معلوم ، وخرج بها الى ذلك المكان ، ولكن بعد أن مكث كثيراً مقدار ما لا يمكث في انتظار القافلة ، وقال : قد تقرر عليه الضمان فلا يرتفع بالخروج فلا يجب الأجر .

فظهر بهذا أنه لا يشترط لانتفاء الأجر الضمان بالفعل ، فإنه قد يكون بالفعل

وذلك فيما إذاهلكت العين المأجورة بعد التعدي ، فإنه لا أجر عليه لما قبل التعدي ولا لما بعده . فقد قال في (الفصل الثالث والثلاثين من) جامع الفصولين (من بحث إجارة الدواب ، آخر صفحة / 164) ما لفظه : « استأجره قروي ليحمل عليه بُرًّا الى المدينة ففعل ووضع عليه في الرجوع الى بيته قفيز ملح بلا إذن فمرض فمات ضمن لغصبه ولا أجر ، إذ لا يجتمعان » ثم قال : « ولو سلم الحمار فله به أجر ما سمى فقط ، إذ لا أجر للغصب » (انتهى)

وقد تكون الحالة حالة تعدٍّ تجعل صاحبها بمعرض الضمان ، وذلك فيما إذا سلمت العين بعد التعدي ، فإنه لا أجر عليه لما بعد التعدي ، وإن انتفع بالفعل أو تمكن من الانتفاع ، لأنه غاصب وبمعرض الضمان .

وهذا بخلاف ما إذا استأجر حماراً لحمل متاعه في طريق معين فحمله في طريق آخر مخوف ، أو ليحمله على دابة معينة فحمله في البحر فتلف فإنه يضمنه ، وإن أوصله سليماً وجب كل الأجر (ر : الفصل السابع والعشرين من إجارات الفتاوى الهندية ، نقلاً عن التمرتاشي) .

ولا يرد هذا على ما تقدم ، لأن المعقود عليه هنا إيصال المستأجر (بفتح الجيم) مال المستأجر (بكسر الجيم) وقد حصل . ولكن مع المخالفة في كيفية الإيصال المشروطة ، ولا عبرة بالخلاف عند حصول المقصود ، بخلاف ما تقدم فإن العقد فيه ليس وارداً على الحمل والإيصال ، بل على منفعة دابة معينة ليعمل عليه المستأجر (بالكسر) . والفرق ظاهر للمتأمل .

وقد رسمت ها هنا جدولاً حاوياً للمسائل العشر وأحكامها سهل المتناول لمن أراد . وهذا هو :

	تعدى ولم ينتفع مطلقاً	تعدى ثم انتفع	انتفع ثم تعدى	استوفى المنفعة كلها وتعدى في اثنائها	استوفى بعض المنفعة ثم تعدى ولم ينتفع بعد ذلك
سلمت	في معرض الضمان فلا أجر عليه	في معرض الضمان ولاأجرعليه	يجب الأجر كله	يجب الأجر لما قبل التعدي فقط	يجب الأجر لما قبل التعدي بحسابه فقط
تلفت	ضامن بالفعل ولا أجر عليه	ضامن ولا أجر عليه	يضمن قيمتها ولا أجر	يضمن قيمتها ولا أجر عليه	يضمن قيمتها ولا أجر

(تنبيه) :

جاء في الذخيرة (من الإجارة ، صفحة449) ما لفظه : استأجر حماراً ليحمل عليه اثني عشر وقراً من التراب إلى ارضه بدرهم ، وله في ارضه لبن ، فصار كلما عاد يحمل علَيه اللبن ، فإذا سلم الحمار في هذه الصورة يجب عليه كل الأجر ، ولا مانع من وجوب الأجر مع المخالفة . انتهى .

واستشهد له بفروع وقع التعدي فيها بعد استيفاء المنفعة ، فإن ما ذكره منقولاً فهو محمول على القول السابق لما عليه الفتوى ، وهو أن المستأجر إذا عاد إلى الوفاق بعد التعدي يبرأ عن الضمان ، والفتوى على خلافه كما قدمناه ، وإن كان قياساً منه رحمه الله تعالى فهو قياس مع الفارق .

(تنبيه آخر) :

كما لا يجتمع أجر وضمان لا يجتمع العشر والخراج ، ولا القصاص مع الدية ، ولا متعة واجبة مع المهر ، ولا القتل مع الوصية أو الميراث ، ولا الميراث مع الوصية فيمن يرد عليه ، ولا الأجر مع الشركة في العين ، ولا الحد مع اللعان ، ولا أجرة الرضاع مع النكاح ، ولا الحد مع ثبوت النسب .

(تنبيه آخر) :

ذكرنا سابقاً فيما إذا استأجر الدابة لحمل مخاتيم بُرٍّ معينة فزاد عليها وكانت الدابة لا تطيق حمل الزيادة انه يضمن جميع القيمة ، ولا يجب عليه الأجر . والحكم على الوجه المذكور مسلم وموافق للمنقول في كتب المذهب :

ففي الفتاوى الخانية (من الإجارة) ما لفظه : لو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ، فحمل عليها خمسة عشر مختوماً من الحنطة وجاء بالحمار سليماً فهلك قبل أن يرده إلى صاحبه إن كان يعلم أن الحمار يطيق ذلك كان عليه ثلث القيمة وكمال الأجر المسمى ، وإن كان لا يطيق يضمن جميع القيمة ولا يجب الأجر . انتهى . ونقله أيضاً عن الفتاوى الخانية في (السابع والعشرين من إجارات)

الفتاوى الهندية ، وكذا نقله في الفتاوى الانقروية . وكذا يستفاد الحكم المذكور من مبسوط السرخسي (من باب اجارة الدواب ج / 15 ص / 172) مع مراجعة ما ذكره في العارية (ج / 11 ص / 128) من المبسوط المذكور . وما بعد النقل إلاّ الرجوع إليه !

وأما ما ذكره بعض العصريين في مؤلف له ، من تضمين المستأجر كل القيمة وإيجاب كل الأجر في صورة عدم إطاقة الدابة للزيادة فلم يوجد إلاّ في كلام صاحب التنوير (من باب ما لا يجوز في الإجارة وما يكون خلافاً فيها) وعزاه في شرحه منح الغفار إلى غاية البيان للإتقاني ، وتابعه في هذاالعزو صاحب الدر ، وأفاد أن مأخذ التنوير للحكم المذكور المعزي للغاية هو من البحر ، وتابع صاحب التنوير على هذا الحكم العلامة الخادمي في حاشيته على الدرر وعزاه إليه وسكت عنه مُحَشُّو الدر أيضاً كلهم .

وهو مشكل ! إذ فيه إيجاب ضمان كل القيمة وإيجاب كل الأجر في صورة عدم إطاقة الدابة للحمل والزيادة ، وفي هذه الصورة يكون قد حصل التعدي من الابتداء واعتبر المستأجر بتحميلها ذلك وهي غير مطيقة غاصباً ضامناً من حين التحميل ، فكيف يجمع عليه الأجر والضمان في آن واحد والجهة متحدة ، وهما لا يجتمعان ؟!

وبعد تتبع ما عندي من الكتب الفقهية بالقدر الممكن لم أر ما ذكره صاحب التنوير أصلاً ، ثم لدى مراجعة البحر الذي عزا اليه صاحب الدر كلام التنوير والغاية رأيته نقل عن الزيلعي تقييد قول متن الكنز : ويضمن بالزيادة على الحمل ما زاد بأن تطيق الدابة مثله . ثم قال : ولم يتعرض المصنف للأجر إذا هلكت ، وفي غاية البيان أن عليه الكراء كاملاً . انتهى .

ولا يخفى أن قول البحر : وفي غاية البيان . . الخ . بعد أن نقل عن الزيلعي تقييد عبارة المتن بما ذكر موضوع فيما إذا كانت الدابة تطيق مثل الحمل ، لا فيما إذا كانت لا تطيق ، كما سبق اليه نَظَر صاحب التنوير . ثم لدى مراجعة كتاب غاية البيان المذكور برح الخفاء وانكشف الغطاء وظهر جلياً أن قوله : « وعليه الكراء كاملاً » موضوع في صورة ضمان المستأجر بقدر ما زاد في الحمل . ولا يخفى أن

ضمانه قدر ما زاد ليس إلاّ في صورة ما إذا كانت تطيق ، كما هو صريح كلام الخانية السابق وغيرها وصريح كلام التنوير نفسه في المحل المذكور . ثم رأيت كلام الغاية المذكور منقولاً برمته في حاشية الشلبي المطبوعة على الزيلعي (من الاجارة من المحل المذكور) فليرجع اليها من أحب . وعليه فلم يبق للمقال من مجال ، والحمد لله على كل حال .

* * *

القاعدة السادسة والثمانون (المادة / 87)

« الغُرم بالغُنم »

الشرح مع التطبيق

« الغرم » وهو ما يلزم المرء لقاء شيء ، من مال أو نفس ، مقابل « بالغنم » وهو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء .

أفادت هذه المادة عكس ما أفادته المادة الخامسة والثمانون .

ثم لا فرق في الغرم بين أن يكون مشروعاً كمؤونة تعمير الملك المشترك فإنها عليهم بمقابلة انتفاعهم به انتفاع الملاك .

وكمؤونة تعمير من يرغب من الموقوف عليهم في سكنى العقار الموقوف لسكناهم ، فإنها عليهم بمقابلة سكناهم فيه .

ـ وكمؤونة كري النهر المشترك وتعمير حافاته وتطهير مائه ، فإنها على الشركاء فيه بمقابلة انتفاعهم بحق الشرب .

ـ وكمؤونة كري السياق المالح المشترك ، فإنها على الشركاء بمقابلة انتفاعهم بحق التسييل .

ـ وكإيجاب ضمان العين المرهونة على المرتهن لقاء تمكنه من استيفاء دينه منها.

ـ وكإيجاب أجرة بيت حفظها وأجرة حافظها عليه لقاء استحقاقه حبسها بدينه (رَ : الدرر وغيره من الرهن) .

ـ وكما لو باع الوصي عيناً من التركة ليقضي دين الغرماء ، أو لم يكن دين فباعها لأجل الورثة وهم كبار وقبض ثمنها فضاع الثمن منه وتلفت العين المبيعة قبل تسليمها رجع المشتري على الوصي بالثمن ، وهو يرجع على من كان البيع لأجله من الغرماء أو الورثة الكبار (رَ : جامع الفصولين ، الفصل الثامن والعشرين ، ص 41/ و42) .

ـ وكقيمة ما اتفقوا على إلقائه في البحر من الأمتعة المحمولة في السفينة إذا أشفت على الغرق من ثقلها ، فإنها على ركابها بمقابلة سلامة أنفسهم .

ـ وكأجرة صك الشراء وحجج المبايعات ، فإنها على المشتري بمقابلة انتفاعه بها .

ـ وكأجرة القسام والكيل والوزان ، فإنها على الشركاء ، لأن نفع ذلك عائد لهم .

أو يكون غير مشروع ، كالتكاليف الأميرية التي تطرح على الأملاك ، فإنها على أربابها بمقابلة سلامة أملاكهم . وكالتكاليف التي تطرح على الأنفس ، فإنها بمقابلة سلامة أنفسهم . ولا شيء من هذه على النساء والصبيان لأنه لا يتعرض لهم .

تنبيه :

القسمة تكون بحسب الأنصباء إلا في سبعة ، فإنها على عدد الرؤ وس . وقد نظمها الحموي بقوله :

إن التقاسم في الرؤوس يكون في	سبع لهن حليّ عقد نظامي
في ساحة، مع شفعة، ونوائب	إن من هواء، أجرة القسام
وكذاك ما يرمي من السفن التي	يخشى لها غرق، وطرق كرام
وكذاك عاقلة، وقد تم الذي	حررته لأفاضل الأعلام

(ذكره في آخر الشفعة من رد المحتار)

1 ـ ساحة
2 ـ الشفعة
3 ـ نوائب مطلقة
4 ـ أجرة القسام
5 ـ ما ألقي من السفن خشية الغرق .
6 ـ طريق
7 ـ عقل

تنبيه آخر :

لا يدخل في قول الحموي « أجرة القسّام » الكيّال والوزّان ، لأنها على حسب الأنصباء إجماعاً (رَ : الدر المختار ، من القسمة) .

ونظمها بعض المعاصرين بقوله :

قاسم على عدد الرؤوس، لساحةٍ ونوائب إن أطلقت، مع شفعةِ
ولأجر قسّام، وعقل، والطرق ولمال سفن عند خوف من غرق

ونظمها آخر بقوله :

إن التقاسم في الرؤوس لساحة ولأجر قسام، ومطلق نائبه
ولشفعة، دية، وطرق، مثلها مرمي سفن عند خشية نائبه

* * *

القاعدة السابعة والثمانون (المادة /88)
« النعمة بقدر النقمة ، والنقمة بقدر النعمة »

« النعمة بقدر النقمة ، والنقمة بقدر النعمة » احتوت هذه المادة على جملتين : الأولى منهما مرادفة للمادة الخامسة والثمانين .والثانية منهما مرادفة لعكسها،وهو ما أفادته السابعة والثمانون . هكذا أفاد بعض أفاضل الشراح . وحينئذ فما تفرع على كل من المادتين السابقتين المذكورتين يمكن أن يفرع على مرادفتها من جملتي هذه المادة .

ويمكن أن يقال : إن المراد بالمادتين السابقتين المذكورتين هو إفادة أصل المقابلة ، وهو كون الخراج لقاء الضمان ، وكون الغرم لقاء الغنم ، بقطع النظر عن كون أحدهما بقدر الآخر ، فإن المراد بهذه المادة أن أحدهما يكون بقدر الآخر فيما يمكن فيه محافظة التقدير ، وذلك فيما تكون فيه القسمة على حسب الأنصباء ، وهو ما عدا السبعة المنظومة المتقدمة . وهذا كما تشعر به لفظة (بقدر) في الجملتين أولى من إخلائها من الفائدة وجعلها تكراراً محضاً !

* * *

القاعدة الثامنة والثمانون (المادة / 89)

« يضاف الفعل إلى الفاعل ، لا إلى الآمر ما لم يكن مجبراً »

أولاً) - الشرح

« يضاف الفعل » أي ينسب حكمه ، لأن الشرع يبحث عن أفعال المكلفين من حيث أحكامها ، لا من حيث ذواتها « إلى الفاعل » ويقتصر عليه إذا كان عاقلاً بالغاً ، ولم يصح أمر الآمر في زعمه ، لأنه - أي الفاعل - هو العلة للفعل. و « لا » ينسب الفعل إلى « الآمر » به ، لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل (رَ : المادة / 95) ومتى بطل الأمر لم يضمن الآمر (رَ : جامع الفصولين ، الفصل / 33) ، ولأن الآمر قد يكون سبباً والفاعل علة ، والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها ، لأنها هي المؤثرة فيها ، لا إلى أسبابها ، لأنها موصلة إليها في الجملة ، والموصل دون المؤثر .

ثم إنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الآمر « ما لم يكن » الآمر « مجبراً » أي مكرهاً للفاعل على الفعل ، فإذا كان مكرهاً له عليه فحينئذ تنسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل إليه ، لا إلى الفاعل ، لأن الفاعل بالإكراه صار كالآلة في يد المكره .

ثانياً) - التطبيق

فلو أمر إنسان غيره بإتلاف مال أو تعييبه أو بقطع عضو محترم أو بقتل نفس معصومة ففعل فالضمان والقصاص على الفاعل لا على الآمر إلا إذا كان الآمر مجبراً ومكرهاً للفاعل على الفعل ، فالضمان والقصاص يكونان عليه حينئذ إذا كان إكراهه له بملجىء (رَ: المادة / 949) ولا معتبر بغير الملجىء في مثل هذا ، لأنه من التصرفات الفعلية (رَ: المادة / 1007)

ومن الإكراه المعتبر ها هنا أيضاً ما إذا كان الآمر سلطاناً فإن أمره إكراه (رَ :

رد المحتار ، من آخر الغصب) .

ثم إنما قيّدنا اقتصار الحكم على الفاعل بقولنا :«إذا كان عاقلاً بالغاً » لأنه إذا لم يكن كذلك ، بأن كان غير عاقل ، أو كان صبياً فإن الفعل يضاف إليه ويضمن المال الذي أتلفه ودية العضو والنفس ، لأن المحجورين يضمنون الضرر الذي نشأ من فعلهم (رَ : المادة / 960) ولكن لا يقتصر الضمان عليه ، بل يرجع بما ضمنه على آمره إذا كان أمره معتبراً بأن كان عاقلاً بالغاً . أما إذا كان صغيراً أو غير عاقل فلا يرجع عليه (رَ : الدر ، آخر الغصب) .

وقيدنا أيضاً اقتصار الحكم على الفاعل بقولنا : « ولم يصح أمر الآمر في زعمه » لأنه لو صح في زعمه فإنه يرجع عليه بما ضمن وإن كان الآمر غير صحيح في الواقع . (رَ : رسالة محمود أفندي حمزة ، عن الذخيرة) .

وفي الدر المختار وحاشيته (من آخر الغصب) : وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر ورجع على الآمر (أشباه) وهذا فيما إذا قال : احفر لي ، أو قال احفر في حائطي ، أو كان ساكناً في تلك الدار ، أو استأجره على ذلك ، لأن ذلك كله من علامات الملك ، وإلا فلا يرجع ، لأن الآمر لم يصح بزعم المأمور . انتهى .

ومما صح فيه أمر الآمر في زعم المأمور ما ذكره في رد المحتار ، عن الهندية ، عقب ما تقدم من أنه لو أمر غيره أن يذبح له هذه الشاة وكانت لجاره ضمن الذابح علم أو لا . لكن إذا علم لا يكون له حق الرجوع ، وإلا رجع . انتهى . لأن تعبيره بقوله « يذبح له » يصحح أمر الآمر بزعم المأمور ، كما علم مما سبق . وأفاد كلام الهندية أن علامات الملك إنما تنفع إذا لم يعلم المأمور أنه للغير ، أما إذا علم فإنها لا تنفع .

ومنه ما لو قال رجل لأهل السوق : بايعوا ابني هذا فقد أذنت له بالتجارة ، فبايعوه ، ثم ظهر أنه ابن الغير ، رجعوا على الرجل (رَ : الدر المختار) من باب المرابحة والتولية) لأن الأمر بقوله : بايعوا ، والإضافة بقوله : ابني يصححان أمر الآمر في زعم المأمور ويجعلانه مغروراً من قبل الآمر ،فلا يقتصر فعل هؤلاء، من الحفر والذبح والمبايعة، عليهم، بل يرجعون بما تضرروا به على الآمر .

والتقييد بقولنا : « فحينئذ ينسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل إليه »

لإخراج ما لا يمكن نسبته إليه من الأحكام ، لكونه لا يصلح أن يكون المكرَه فيه آلة للمكرِه ،كالتكلم . ولـذا لو أكره على الإعتـاق ضمـن المكره ، لأن المكره في حق الإتلاف يصلح آلة ، لكن الولاء للمكره ، لأنه لا يصلح آلة في حق التكلم (رَ : رد المحتار ، من الإكراه ، عن الإتقاني) .

تنبيه :

إنما يشترط كون الآمر مجبِرًا لأجل إضافة حكم الفعل إليه إذا لم يكن أمره للغير يضمن الأمر بالضمان ، ولم يكن أمره له بدفع مال عنه لقاء واجب دنيوي عليه يطالب به بالحبس والملازمة ، أو لقاء شيء يدخلـه المأمـور في ملك الآمـر بواسطة امتثاله أمره أو لقاء سلامة نفس الآمر . أما إذا كان شيء من ذلك فلا يشترط لإضافة حكم الفعل إليه والرجوع عليه كونه مجبراً ، فلو أمر غيره بقضاء دين عليه مثلا ففعـل رجـع عليه ، لأن ذلك واجـب دنيوي على الآمـر يطالـب به بالحبس والملازمة .

وكذا لو أمره بالإنفاق على نفسه أو على بناء داره ففعل ، رجع عليه في جميع ذلك ، لأن ما أنفقه المأمور كان لقاء ما أدخله بواسطة إنفاقه في ملك الآمر من الطعام والكسوة والبناء .

وكذا لو أمر الأسير غيره بفدائه ففعل رجع عليه ، لأن ما دفعه المأمـور على الآمر بلا اشتراط (كما يستفاد ذلك من الأشباه وحواشيه ، في الغصب والكفالـة) نعم ، في مسألة الأسير المذكورة قولان مصححان صحح في الخـانية الرجـوع بلا اشتراط وعليه اقتصر في شرح السير الكبير ، ومشى في المحيط على عدم الرجوع بلا اشتراط . قال في العمادية : وهو الأصح ، وعليه الفتوى (رَ : رد المحتار ، قبيل كفالة الرجلين) .

ثالثاً ـ المستثنى

خرج عن هذه القاعدة ما لو كان المأمور أجيراً خاصاً للآمر فتلف بعمله شيء من غير أن يجاوز المعتاد فالضمان على أستاذه الآمر له ، فلو تخرق الثوب من دقه ، أو غرقت السفينة من مده ، فالضمان على أستاذه الآمر (رَ : الدر المختار وحاشيته ، من ضمان الأجير) .

وكذا لو أمره برش الماء في فناء دكانه فرش فما تولد منه فضمانه على الآمر ، وإن بغير أمره فالضمان على الراش (رَ : رد المحتار ، من آخر الغصب ، عن البزازية) وكما في جامع الفصولين (الفصل / 33 ص125) : فصّل في مسألة ما لو أمره برشّ الطريق بين تلف الدابة فيضمن مطلقاً ، وبين تلف الآدمي فيضمن إذا رش كل الطريق ولم يترك ممراً . انتهى .

تنبيه آخر :

إن دعوى الضمان تكون على المباشر لا غير ، صح الأمر أو لم يصح ، فإن صح الأمر رجع المباشر على الآمر ، وإن لم يصح فلا رجوع (رَ : رسالة محمود أفندي حمزة المسماة بـ : التحرير في ضمان الآمر والمأمور والأجير ، نقلاً عن العناية . طبعت تلك الرسالة في دمشق الشام 1303 هـ .)

تنبيه آخر :

الظاهر أن إضافة الفعل للفاعل لا للآمر إنما تكون في فعل ظهر فيه تعد على الغير موجب للضمان ، فلو لم يكن فيه شيء من هذا فإن الفعل يضاف حينئذ للآمر إذا كان الفعل يقبل الاستنابة ، بدليل ما نص عليه في الدرر والدر المختار وغيرهما (من الأيْمان) من أنه لو حلف بطلاق زوجته أن لا يدخل دار فلان ، فأمر غيره فحمله وأدخله حنث . وبدليل ما نصوا عليه مِن حنث من حلف بطلاق زوجته أن لا يفعل الأمر الفلاني ، فأمر غيره بفعله ففعله . إلا ما استثنوه من المسائل السبع التي لا يلزم الموكل إضافتها إلى موكله ، أو التي لا ولاية للآمر فيها ، كضرب ابنه الكبير (رَ : ما تقدم من ذلك في الكلام على المادة الثانية عشرة نثراً ونظماً .)

* * *

القاعدة التاسعة والثمانون (المادة / 90)
« إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر »

أولاً) ـ الشرح

« إذا اجتمع المباشر » للفعل ، أي الفاعل له بالذات « والمتسبب » له ، أي المفضي والموصل إلى وقوعه « يضاف الحكم إلى المباشر » لما تقدم في المادة السابقة ، من أن الفاعل هو العلة المؤثرة ، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة ، لأن تلك أقوى وأقرب ، إذ المتسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه ، من تلف أو غيره ، فعل فاعل مختار ، والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار ، فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب . قال الرملي في حاشيته على جامع الفصولين (في الفصل / 33 صفحة 124) : إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر مقدم ، كالعلة وعلة العلة ، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة .

ثانياً) ـ التطبيق

مثلاً لو حفر رجل بئراً في الطريق العام بلا إذن ولي الأمر ، فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر ، ضمن الذي ألقى الحيوان ، لأنه العلة المؤثرة ولم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، دون حافر البئر ، لأنه وإن كان فعله مفضياً وموصلاً إلى التلف ، إلا أن التلف لم يحصل بفعله ، بل تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، وهو مباشر الإلقاء بلا واسطة ، فكان الضمان عليه . حتى لو لم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار بأن تدهور فيه الحيوان بلا صنع أحد ضمن الحافر إذا كان متعدياً بأن كان حفره بغير إذن ولي الأمر (رَ : المادة / 922 و 924 و 925) .

ويتفرع على القاعدة ما لو دل سارقاً على مال إنسان فسرقه أو دل آخر على القتل أو قطع الطريق ، ففعل فلا ضمان على الدال بل على السارق والقاتل وقاطع الطريق لأنه المباشر .

وكذا لو دفع سكينا إلى صبي مميز ليمسكه له فقتل الصبي به نفسه ، فلا ضمان على الدافع المتسبب ، لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، وهو الصبي ، لأنه ضرب نفسه باختيار (رَ : المرآة) فلو لم يحصل التلف باختياره بأن وقع السكين من يد الصبي عليه فجرحه ضمن الدافع (رَ : الأشباه) .

تنبيه :

إنما يجب الضمان على المباشر وحده دون المتسبب إذا كان السبب لا يعمل في الإتلاف إذا انفرد عن المباشرة ، كحفر البئر ، فإنه بانفراده لا يوجب التلف ما لم يوجد الدفع الذي هو المباشرة ، وإن كان لولا الحفر لا يتلف بالدفع . أما إذا كان السبب يعمل في الإتلاف إذا انفرد عن المباشرة ، كالسوق مع الركوب ، فإن المباشر والمتسبب يشتركان حينئذ في ضمان ما تتلفه الدابة ، لأن السائق وإن كان متسبباً ، والراكب وإن كان مباشراً فإن السبب ها هنا ، وهو السوق ، يعمل في الإتلاف إذا انفردعن الركوب فيضمنان بالسوية (رَ : رد المحتار من جناية البهيمة) .

ثالثاً ـ المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل :

منها : ما لو دل المودع نفسه السارق على الوديعة فسرقها ، فإنه يضمن لترك الحفظ ، إلا إذا منعه حين الأخذ فأخذها كرهاً فلا يضمن . بخلاف وارث المودع إذا دل السارق عليها فإنه لا يضمن لأنها في يده أمانة محضة لم يلتزم الحفظ فيها .

ويظهر أن مثله ما لو ألقت الريح ثوب الجار في داره ، فدل السارق عليه ، لتصريحهم بأنه أمانة محضة لا التزام للحفظ فيها .

* * *

القاعدة التسعون (المادة / 91)

«الجواز الشرعي ينافي الضمان»

أولاً) ـ الشرح

« الجواز الشرعي » وهو كون الأمر مباحاً ، فعلاً كان أو تركاً « ينافي الضمان » لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف .

ولكن بشرط :

ـ أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة .

ـ وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه ، وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي ، والجواز الشرعي يأبى وجوده ، فتنافيا .

ثانياً) ـ التطبيق

أما إذا كان الأمر المباح فعلاً فهو ما أفادته المادة بقولها . مثلاً لو حفر إنسان بئراً في ملكه الخاص به أو في طريق العامة ولكن بإذن ولي الأمر ، فوقع فيها حيوان رجل ، أو وقع فيها إنسان فهلك، لا يضمن حافر البئر شيئاً.

وكذا لو خالف في حفظ الوديعة أو استعمال المأجور إلى ما هو مساوٍ كما إذا قال : احفظها في البيت الفلاني من دارك فحفظها في بيت آخر مثله فيها . أو استأجر الدابة ليحملها كراً معينا من حنطة مثلاً فحملها كراً من حنطة أخرى .

أو خالف إلى ما هو خير ، كما إذا حفظ الوديعة في بيت أحصن من الذي عينه له المودع ، أو استأجر الدابة ليحملها كر حنطة فحملها كر شعير أو سمسم ، فتلفت الوديعة أو العين المستأجرة فلا ضمان عليه في شيء من ذلك (رَ : المواد / 605 ـ 784 ـ 924 من المجلة والمرآة) .

وكذا لو أخذ الوكيل بالبيع رهناً بثمن ما باعه فهلك الرهن لا يضمن للموكل

وسقط الدين عن المشتري إذا كان مثل الثمن (رَ : المادة / 1500 وشرحها من المرآة) .

وكذا لو حبس الأجير العين التي لعمله فيها أثر لأجل الأجرة فهلكت في يده لا يضمن العين وسقط الأجر لهلاكها قبل التسليم للمستأجر .

وكذا لو فسخت الإجارة فحبس المستأجر العين المأجورة لقبض ما كان عجله من الأجرة فهلكت العين في يده لا يضمن ولا يسقط ما عجله (رَ : التنوير من الإجارة) .

وكذا لو أنفق الملتقط بأمر القاضي ليرجع بما أنفق على صاحبها ، ثم طلبها ربها فمنعها منه ليأخذ النفقة فهلكت بعد منعه لا يضمن ولا تسقط النفقة على المعتمد ، وذلك لأن كل ما ذكر من الأعمال جائز ، والجواز الشرعي ينافي الضمان .

وأما إذا كان الأمر المباح تركاً فكما إذا امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن فعل ما وكل به حتى هلك في يده المبيع أو الثمن . او امتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة بعد ان قبضه حتى هلك في يده ، أو أخر إنسان عنده المال المدفوع إليه ليوصله إلى آخر ، أو ليقضي به دين الدافع حتى هلك عنده فإنه لا ضمان عليهم ، لأن امتناع من ذكر جائز ، والجواز ينافي الضمان .

ثم إنما شرطنا لعدم الضمان أن لا يكون الفعل الجائز مقيداً بشرط السلامة ، وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه ، ليخرج ما لو تلف بمروره بالطريق العام شيء ،أو أتلفت دابته بالطريق العام شيئاً بيدها أو فمها ، وهو راكبها أو سائقها أو قائدها ، فيضمن . لأن مروره ذلك وإن كان مباحاً لكنه مقيد بشرط السلامة (رَ : المادة / 926 — 923 — 933 من المجلة) . وليخرج المضطر لأكل طعام الغير فإنه يضمن قيمته (رَ : ما تقدم في المادة / 33 .) وليخرج ما لو هدم دار جاره وقت الحرق لمنع سريان الحريق بغير إذن ولي الأمر وبغير إذن صاحبها ، فإنه يجوز له ذلك ويضمن قيمتها معرضة للحريق (رَ : المادة / 919 من المجلة والمرآة) لأنه فعل ذلك الهدم لأجل نفسه .

ثم إن مفهوم القاعدة أن عدم الجواز الشرعي لا ينافي الضمان ولا يأباه ، ولكن هل يستلزمه أو لا يستلزمه ؟ محل نظر . وقد صرح في رد المحتار (أوائل اللقطة) بأن الإثم لا يستلزم الضمان ، وقال : واستدل له في البحر بما قالوا : لو منع المالك عن

أمواله حتى هلكت يأثم ولا يضمن . .

أقول : ويدل له أيضاً ما صرحوا به في الإكراه من أنه لو أكره بملجىء على قتل الغير أو قطع عضوه لا يحل له الإقدام . فلو فعل فالقصاص على المكره (بالكسر) ويؤ يده أيضاً ما لو دل وارث المودع السارق على الوديعة فسرقها ، فإنه لا يضمن (كما تقدم في الكلام على المادة السابقة) .

وكما لو قصر المتولي في مطالبة المستأجر بالأجرة حتى اجتمع عليه مال كثير فهرب لا يضمن (رَ : الفتاوى الانقروية ، من الوقف ، الباب الثامن)[1] .

وكذا لو قصر المتولي في رفع المستأجر للحاكم لإبلاغ الأجرة إلى أجر المثل إذا كان المستأجر ممتنعاً عن دفعها ، مع قدرته على رفعه ، لا يضمن (رَ : الأشباه ، من الوقف) .

وكما لو أودع اثنان مثلياً عند آخر لم يجز له أن يدفع لأحدهما حصة منه بغيبة الآخر ، ولو دفع لا يضمن استحساناً ، ورجحه في البحر ، واختار النسفي والمحبوبي الضمان (رَ : الدر المختار ، من الوديعة) .

وكما لو سعى ببريء إلى ظالم قد يغرم وقد لا يغرم .

فكل ما ذكر من هذه الأعمال غير جائز شرعاً ولم يوجبوا به ضماناً .

وكما لو وجد اللّقطة ، وقد أمن من نفسه تعريفها ، وكانت بمعرضة الضياع ، فلم يعرفها ، فإنه يأثم ولا يضمن لو ضاعت على المعتمد (رَ : الدر وحاشيته ، من اللقطة) .

ثالثاً) ـ المستثنى

خرج عن القاعدة مسائل :

منها : أن الوكيل بالشراء له حبس المبيع عن موكله ، حتى يقبض منه الثمن ، ولكن لو هلك المبيع في يده ، والحالة هذه ، يلزم الوكيل الثمن . (ر : المادة / 1492) .

1 ـ أي وإن كان يستحق العزل . (كتبه مصطفى الزرقا ابن المؤلف)

ومنها : ما لو استغل أحد الشريكين في الكرم اثماره وباعها حين غيبة شريكه فإن عمله هذا جائز ، ولكن اذا حضر شريكه فهو مخير بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن وبين أن يضمنه حصته (ر : المادة / 1086) .

ومنها : ما لو مات رفيقه في السفر ولا قاضي فله بيع أمتعته وحفظ ثمنها لورثته والورثة بالخيار بين أن يجيزوا البيع ويأخذوا الثمن أو يأخذوا ما وجدوا وضمنوا ما لم يجدوا .

ومنها : ما لو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعريفها زمناً كافياً ثم جاء صاحبها فهو بالخيار بين أن يجيز تصدقه أو يضمنه (ر : الدر المختار وحاشيته ، من اللقطة) .

ومنها : ما جاء في المادة / 919 من المجلة والمرآة ، وقدمناه في الكلام على المادة / 26 من أنه لو وقع حريق في محلة فهدم رجل بيت جاره لمنع سريان الحريق بلا إذن الجار أو ولي الأمر ، ثم انقطع الحريق ضمن قيمتها وهي في حالة الحريق لا كاملة ، ولا يكون آثماً في فعله على كل حال .

* * *

القاعدة الحادية والتسعون (المادة / 92)
«المباشر ضامن وإن لم يتعمد»

أولاً) ـ الشرح :

«المباشر» للفعل، وقد تقدم بيانه في القاعدة /89/ «ضامن» لما تلف بفعله إذا كان متعدياً فيه، ويكفي لكونه متعدياً أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له فيه سواء كان نفس الفعل سائغاً، كما في الفروع الآتية، أو غير سائغ كما لو أراد ضرب معصوم فأصاب آخر نظيره، وأمثال ذلك كثيرة، فيضمن حينئذٍ «وإن لم يتعمد» الإتلاف. لأن الخطأ يرفع عنه إثم مباشرة الإتلاف ولا يرفع عنه ضمان المتلف بعد أن كان متعدياً، ولأن المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإتلاف، فلا يصلح عدم التعمد أن يكون عذراً مسقطاً للحكم، وهو الضمان عن المباشر المتعدي.

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على هذه المادة :

ما لو زلق إنسان فوقع على مال آخر فأتلفه ، أو أتلف إنسان مال غيره يظنه مال نفسه فإنه يضمن في الصورتين (ر : المادتين 913 و 914 من المجلة) .

وما لو سقط من ظهر الحمال شيء فأتلف مال أحد ضمن الحمال . وكذا لو طرق الحداد الحديدة المحماة فطار شررها فأحرق ثوب إنسان مار في الطريق ضمنه الحداد (ر : المادة / 926) .

وما لو انقلب النائم أو الصغير ، ولو لا يعقل أصلاً ، على مالٍ لغيره فأتلفه ، أو شخص فقتله ، فإنه يضمن .

وكل هذه الأفعال لا توصف بالحظر . وقد حكم على فاعليها بالضمان بما اتصلت به مما لا مسوغ له .

(تنبيه) :

إنما قيدنا ضمان المباشر بما إذا كان متعدياً ليخرج ما عساه يدخل تحت المادة لولا القيد المذكور ، وليس بداخل لعدم مساعدة الإيجاب الشرعي دخوله .

وذلك كما لو قتل الإنسان من جاء ليقتله أو ليأخذ ماله ، وكان لا يمكن دفعه إلا بالقتل ، فإنه لا يضمن مع أنه مباشر للفعل ، وذلك لكونه غير متعد وله فيه مسوّغ .

ولولا القيد المذكور لكان الفرعان وما شاكلهما داخلين في جملة المضمون وليس بذاك .

وإنما قيدنا في بيان ما يكفي لكونه متعدياً بقولنا : في غير ملكه ليخرج ما لو كان فعله في ملكه ولكن اتصل به ما لا مسوغ له . كما لو حفر في ملكه أو سقى أرضه سقياً معتاداً فتلف بحفره ، أو سقيه هذا شيء ، فإنه لا يضمنه ، لكونه في ملكه ولم يتجاوز . ولولا القيد المذكور لدخل الفرعان تحت التعدي ، وليسا من التعدي في شيء !

* * *

القاعدة الثانية والتسعون (المادة / 93)

« المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد »

أولاً) ـ الشرح

« المتسبب » للضرر ، وهو فاعل ما يفضي ويوصل اليه « لا يضمن » ما أفضى اليه عمله من الضرر ، لأنه بانفراده لا يصلح علة مستقلة للإتلاف « إلا » إذا كان متعدياً (ر : المادة / 924) . ويكفي في كونه متعدياً أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له ، كما تقدم في المادة السابقة ، وكان فعله مقروناً « بالتعمد » ، لأن الحكم لا يضاف الى السبب الصالح إلا بالقصد (ر : رد المحتار ، من متفرقات البيوع عند قول المتن : ولو فرخ طير أو باض نقلاً عن البحر) .

يعنى بالتعمد : أن يقصد بالفعل الأثر المترتب عليه . ولا يشترط أن يقصد أيضاً ما يترتب على ذلك الأثر . مثلاً : لو رمى بالبندقية فخافت الدابة فندَّت وأتلف شيئاً فإنه يشترط لصيرورته ضامناً أن يكون قصد الإخافة فقط (ر : المادة / 923) . ولا يشترط لصيرورته ضامناً أكثر من ذلك بأن يكون قصد الإخافة لأجل الإتلاف ، كما انه يكفي لتضمينه بسوقها أن يكون قصد بالسوق أثره المترتب عليه وهو سيرها ، ولا يشترط ان يكون قصد سيرها لتتلف .

ثانياً) ـ التطبيق

فلو دفع السكين الى صبي فوقعت من يده فجرحته أو حفر في غير ما له حق الحفر فيه فتدهور في حفرته حيوان فهلك أو سقى أرضه سقياً غير معتاد فأضر بجاره ضمن في الصور كلها لتعديه وتعمده .

وكذا ما في جامع الفصولين (الفصل / 33 صفحة 122) من انه لو قعد

إنسان في الطريق للبيع بغير إذن ولي الأمر فتلف بقعوده شيء يضمنه ، اما لو كان قعوده بإذن ولي الأمر فإنه لا يضمن . فلو لم يتعد أصلاً ، كما لو حفر في محل له حق الحفر فيه ، أو سقى سقياً معتاداً فتلف بعمله شيء أو تعدى ولكن لم يتعمد ، كما لو رمى بالبندقية ولم يقصد إخافة الدابة ولكن حصل خوفها أو ساق دابة مخصوصة فانساقت أخرى بجانبها وأتلفت ، لا يضمن في الكل ، لعدم التعدي أو لعدم التعمد .

(تنبيه) :

يشترط لتضمينه في صورة ما إذا حفر في ملك غيره فتدهور في حفرته حيوان فهلك أن لا يكون المالك قد تقدم منه رضا بالحفر قبل أن يقع الحيوان في الحفرة ، فإن كان قد تقدم منه الرضا يسقط الضمان (ر : جامع الفصولين ، الفصل / 33 صفحة / 126 ، وسيأتي مفصلاً في المادة / 96) .

* * *

القاعدة الثالثة والتسعون (المادة / 94)

« جناية العجماء جُبار »

أولاً) ـ الشرح

« جناية العجماء » أي ما تفعله البهيمة من الإضرار بالنفس أو بالمال « جبار » أي هدر وباطل لا حكم له ، إذا لم يكن منبعثاً عن فعل فاعل مختار ، كسائق أو قائد أو راكب أو ضارب أو ناخس أو فاعل للإخافة. أما إذا كان منبعثاً عن فعل فاعل مختار فقد جاء تفصيل أحكامه في الفصل الرابع من الباب الثاني من كتاب الغصب. [من المجلة المادة 929 وما بعدها].

ثم إن القاعدة المذكورة مأخوذة من حديث شريف صحيح رواه مالك وأحمد في مسنده والبخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه ، والطبراني في الكبير عن عمرو بن عوف رضي الله تعالى عنه بلفظ : « العجماء جرحها جبار » .

ثانياً) ـ التطبيق

مما يتفرع على هذه المادة :

ما لو كان راكب الدابة يسير في ملكه فنضحت برجلها أو بذنبها أو كدمت بفمها أو ضربت بيدها فلا ضمان عليه (ر : ما يأتي في المادة / 930) . بخلاف ما لو داست شيئاً وأتلفته فإنه يضمنه وإن كان يسير في ملكه ، لأنه جنايته لا جنايتها .

ومنه : ما لو ربط اثنان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه ، فأتلفت إحداهما الأخرى فلا ضمان على صاحبها (ر : المادة / 939).

ومنه : ما لو اغتالت هرة إنسان طائراً لغيره فلا ضمان على صاحبها (ر : درر الحكام) .

ولكن لو أتلفت العجماء شيئاً بنفسها وكان صاحبها يراها فلم يمنعها ضمن (ر : ما يأتي في المادة / 929) والظاهر تقييده بما إذا كان قادراً على منعها .

* * *

القاعدة الرابعة والتسعون (المادة / 95)
« الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل »

أولاً) ـ الشرح

« الأمر » هو مصدر أمر « بالتصرف في ملك الغير » أي غير الآمر « باطل » أي لا حكم له إذا كان المأمور عاقلاً بالغاً ولم يكن الآمر مجبراً للمأمور ولم يصح أمر الآمر في زعم المأمور ، وتكون العهدة فيه حينئذٍ على المأمور المتصرف ، لأنه العلة المؤثرة والآمر سبب . والأصل الإضافة الى العلل المؤثرة لا الى الأسباب المفضية الموصلة (كما تقدم جميعه مبيناً في الكلام على المادة / 89) ولأن أمر الآمر إذا كان كذلك لا يجاوز أن يكون مشورة ، وهي غير ملزمة للمأمور ، ولا تصلح مستنداً له لتبرير عمله .

ثم لا يلزم لأجل بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير أن يكون ملك ذلك الغير قائماً حين الأمر بل يكفي أن يكون قائماً حين التصرف . فلو أودع رجلاً ماله وقال : إن مت فادفعه لابني ، فمات فدفعه إليه وله وارث غيره ضمن نصيبه .

وكذا لو قال : إن مت فادفعه الى فلان وهو غير وارث ، فدفعه اليه ضمن (ر : جامع الفصولين ، من آخر الفصل / 28 صفحة / 42 ببعض توضح) .

ثانياً) ـ التطبيق

مما يتفرع على هذه القاعدة :

ما إذا أخبر أنه وصي الميت فلم يضع يده على التركة ولكن أمر المخبر أن يعمل بها بطريق المضاربة ففعل وضاع المال ، ثم لم تثبت وصايته ، فالذي عمل بالمال ضامن ، لعدم صحة أمر الآمر وعدم نفاذه في ملك الغير . ولا يضمن الآمر لأنه لم يضع يده على المال. انتهى . (من جامع الفصولين ، من الفصل والصفحة المذكورين ، ببعض تصرف) .

وما تقدم من الكلام على المادة / 89 يغني عن الكلام ها هنا ، فلا حاجة لإعادته .

* * *

القاعدة الخامسة والتسعون (المادة / 96)
« لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه »

الشرح مع التطبيق

« لا يجوز لأحد » أي ،لا يحل له ولا يصح منه « أن يتصرف » تصرفاً فعلياً « في ملك الغير » سواء كان خاصاً أو مشتركاً « بلا إذنه » سابقاً ، أو إجازته لاحقاً .

والتصرف نوعان : فعلي ، وقولي :

أما التصرف الفعلي فإن كان تقدمه إذن سابق يحل ويصح ، لأن الإذن السابق توكيل (ر : المادة / 1452) . وإلا فلا يخلو عن أن يكون غصباً بوضع اليد فقط أو تصرفاً بإحداث فعل ذي أثر أو إتلافاً : فإن كان غصباً فهو محظور موجبه رد العين ومضمون بالتلف إلا اذا لحقته إجازة المالك وكانت العين المغصوبة قائمة ، فإنها بالإجازة تنقلب أمانة (ر : جامع الفصولين ، في الفصل / 33) .

وإن كان تصرفاً بإحداث فعل ذي أثر في العين ، كالحفر في ملك الغير بلا إذنه فليس للمالك أن يجبر الحافر على الطم عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، بل يضمّنه النقصان ، بخلاف الحفر في سكة غير نافذة أو في الطريق العام ، فإن الحافر فيه يجبر على الطم اتفاقاً .

ثم إذا نشأ عن حفره هذا ضرر ، كما إذا وقع حيوان في الحفرة فتلف يضمنه الحافر ، لأنه متسبب متعدٍ ، إلا إذا كان الحفر في ملك الغير ورضي المالك بالحفر قبل وقوع الحيوان فإنه يسقط الضمان حينئذٍ ويصير كأنه حفر بإذن المالك ابتداء ، حتى أنه لو أراد الحافر أن يطم ما حفر فليس له الطم (ر : ما يستفاد من الفصل الثالث والثلاثين من جامع الفصولين وحاشيته للرملي صفحة 126 و 135) .

وإن كان إتلافاً فهو مضمون بكل حال ، سواء أجازه المالك أو لا ، لأن

الإجازة لا تَلحق الإتلاف (ر : الدر وحاشيته ، من الغصب) .

وأما التصرف القولي في ملك الغير ، كبيع الفضولي وهبته وإجارته وغيرها ، فإن أعقبه التسليم كان غاصباً بالتسليم وضامناً وعقده موقوف ، فإذا لحقته اجازة المالك بشرطها لزم ، وشرطها : بقاء المالك ، والعين المتصرف فيها ، والمتعاقدين . ويـزاد في البيع : قيام الثمن لو غير نقد (ر : رد المحتار ، من الفضولي) ويزاد في الاجارة : بقاء المدة (ر : الخانية ، قبيل إجارة الوقف ومال اليتيم) .

وإن كان التصرف قولياً محضاً لم يعقبه تسليم فهو موقوف على إجازة المالك بشروطها ، وهو سائغ صحيح مع توقفه ، لأن الموقوف من قسم الصحيح إلا بيع المكره فإنه موقوف فاسد (ر : رد المحتار ، من البيع الفاسد) وهذا القسم الأخير ليس من موضوع القاعدة .

هذا ، وإذا تصرف ثم ادعى أن تصرفه كان بالإذن وأنـكر المالك فالقـول للمالك ، إلا في الزوج اذا كان قد تصرف في مال زوجته حال حياتها ثم اختلف مع ورثتها بعد موتها فادعى انه كان بإذنها وأنكر الورثة ، فالقول للزوج (ر : الـدر وحاشيته ، من الغصب) .

ثم الإذن قد يكون صريحاً ، وذلك ظاهر . وقد يكون دلالة ، وذلك كما لو مرضت الشاة مع الراعي المستأجر في المرعى مرضاً لا ترجى حياتها معه فذبحها فإنه لا يضمنها ، لأن ذلك مأذون فيه دلالة (ر : درر الحكام) .

ومثل ذلك : ملك الغير الوقف وإن لم يكن مملوكاً .

ومثل إذن المالك إذن من له حق الإذن من ولي أو وصي أو وكيل أو متولّ .

(تنبيه) :

الظاهر أن ما ذكر من شروط صحة الإجازة إنما هو في إجازة عقد الفضولي المحض غير المأذون دلالة . أما اذا كان مأذوناً دلالة فلا تشترط هذه الشروط ، يدل لذلك ما نقل في رد المحتار (من اللقطة ، عند قول المتن : « مات في البادية» عن أدب الأوصياء) من أنه لو مات في السفر فباع رفقاؤه تركته وهم في موضع ليس فيه قاضٍ ، قال محمد : جاز بيعهم وللمشتري الانتفاع بما اشتراه . ثم الوارث إن شاء أجاز البيع وإن شاء أخذ ما وجد من المتاع وضمن ما لم يجد . فقد صحح الإجازة

مع هلاك المبيع كما ترى . وعلله المحشي هناك بكون المتبايعين مأذونين هناك دلالة .

وكذا ما نقله ايضاً (في أوائل الشركة ، قبيل قول المتن : « وشركة عقد » عن جامع الفصولين) في الكرم المشترك إذا غاب أحد الشريكين ، من أن الشريك الحاضر يقوم عليه ، فإذا أدركت الثمرة يبيعه ويأخذ حصته ويقف حصة الغائب ، فإذا قدم الغائب يجيز بيعه أو يضمن . انتهى . وبذلك جاءت المادة / 1086 من المجلة ، فقد صححت الإجازة مع أن العنب من الأثمار التي لا تبقى ، وما ذاك إلا لأن الحاضر مأذون بالبيع وحفظ الثمن ، دلالة من شركه الغائب الذي لا يرضى أن تترك حصته حتى تتلف .

ثالثاً) ـ المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل يجوز التصرف فيها بمال الغير ديانة بلا إذنه :

منها : أنه يجوز للولد والوالد شراء ما يحتاج اليه الأب أو الابن المريض بلا إذنه ولا يجوز في المتاع .

ومنها : أنه يجوز للرفقة في السفر إذا مات أحدهم أو مرض أو أغمي عليه أن ينفقوا عليه من ماله . وكذا لو أنفق بعض أهل المحلة على مسجد لا متولي له من غلته لحصير ونحوه ، أو أنفق الورثة الكبار على الصغار الذين لا وصي لهم .

ففي جميع ذلك لا يضمن المنفقون ديانة ، أما في القضاء فهم متطوعون (ر : رد المحتار ، من الغصب) .

وكذا المديون إذا مات دائنه وعليه دين لآخر مثله لم يقبضه فقضاه المديون أو مات رب الوديعة وعليه مثلها دين لآخر لم يقضه فقضاه المودع ، أو عرف الوصي ديناً على الميت فقضاه . فجميع تصرفاتهم هذه جائزة ديانة ، ولكنهم متطوعون حكماً (أي قضاء) (ر : رد المحتار ، من النفقة ، عند قول المتن : « ضمن مودع الابن لو أنفق على أبويه من غير أمر قاض) .

لكن في جامع الفصولين (أوائل الفصل الثامن والعشرين ، صفحة / 35) لو قضى المودع دين مودعه بالوديعة ضمن في الصحيح . انتهى . وهو بإطلاقه يفيد ضعف القول بالجواز ديانة في خصوص المودع واحتمال كون مقابله قولاً بعدم الضمان قضاء احتمال بعيد ! ثم في فرع الوصي إذا عرف ديناً فقضاه لو أنكر الورثة الدين فأقام الوصي بينة على الدين تقبل ، وإذا عجز عن البينة فله تحليف الورثة (ر : جامع الفصولين ، الفصل المذكور ، صفحة / 36) .

* * *

القاعدة السادسة والتسعون (المادة / 97)

« لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي »

الشرح مع التطبيق

« لا يجوز لأحدٍ » ما ، ولو والداً أو ولداً أو زوجاً « أن يأخذ » جادًّا أو لاعباً « مال أحدٍ » ما ، ولو ولده أو والده أو زوجته « بلا سبب شرعي » يسوغ له الأخذ .

ثم إذا كان السبب شرعياً في الظاهر ولكن لم يكن في الواقع ونفس الأمر حقيقياً ، كالصلح عن دعوى كاذبة على بدل ، فإن بدل ذلك الصلح يقضى له به ، ولكن لا يحل له ، ويجب عليه ديانة رده إن أخذه ، وإن كان السبب في الحكم الظاهر شرعياً وقضى به القاضي ، لأنه ـ والحالة هذه ـ رشوة ، أخذه لقاء كف ظلمه وتعديه بهذه الدعوى الكاذبة التي لا تسوغ له أخذ البدل فيما بينه وبين ربه سبحانه . فقد روى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ومالك وأحمد في مسنده عن النبيﷺ انه قال : « إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق [أخيه] فانما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها » .

وكذا لو اعترف بعد الصلح بكونه مبطلاً في الدعوى وأنه لم يكن له على المدعي شيء بطل الصلح ويسترد المدعى عليه البدل (ر : الدر المختار ، من الصلح) .

ثم إن السبب الشرعي يكون قوياً ، ويكون ضعيفاً :

فالسبب القوي لا يحتاج في تجويز الأخذ الى قضاء القاضي ، وذلك هو الكثير الغالب ، كثمن البياعات ، ومثل القرض ، وبدل المغصوب ، وبدل الإجارة إذا صار ديناً في الذمة كما إذا شرط تعجيله أو مضت مرحلة في اجارة الدابة للسفر أو يوم

للسكنى أو فرغ الأجير من العمل ، والمال المكفول به ، والمال الموروث ، ونفقة الزوجة والأولاد والأبوين وأمثال ذلك . فإن جميع ذلك يجوز أخذه شرعاً بلا قضاء القاضي وإن لم يرض من عليه الحق .

والسبب الضعيف لا يجوز الأخذ معه بدون رضا من عليه الحق إلا بقضاء القاضي . وذلك :

1 ـ كاسترداد العين الموهوبة من الموهوب له .

2 ـ وكنفقة غير الزوجة والأولاد والأبوين من الأقارب .

3 ـ وكتناول أولاد البنات مع أولاد البنين من غلة الوقف على الأولاد .

4 ـ وكأخذ المشتري من بائعه ما دفعه له من ثمن المبيع الذي ظهر له أنه ملك الغير .

5 ـ وكأخذه من البائع ما دفعه له من ثمن مبيع ظهر بعد القبض معيباً .

6 ـ وكأخذ الشفيع العقار المبيع بالشفعة .

7 ـ وكأخذ الدائن دينه من غير جنسه على المروي في المذهب . فإن جواز الأخذ في جميع ذلك موقوف على قضاء القاضي بالرجوع بالهبة في الأولى ، وبالنفقة في الثانية ، وبدخول أولاد البنات في الثالثة ، وبالاستحقاق الموجب للرجوع بالثمن بشروطه في الرابعة ، وبالرد بالعيب في الخامسة ، وبالشفعة في السادسة ، وعلى بيع القاضي مال المديون وصيرورته من جنس الدين في السابعة . ولكن الفتوى في الأخيرة على جواز الأخذ في زماننا إذا ظفر الدائن بغير جنس حقه من مال المديون من غير حاجة الى ان يبيعه القاضي بجنس الدين ، لكثرة العقوق (ر : رد المحتار ، من الحجر ، عند قول المتن : وباع دنانيره بدراهم دينه ») .

القاعدة السابعة والتسعون (المادة / 98)

« تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات »

أولاً) ـ الشرح

« تبدل سبب الملك » أي علته « قائم مقام تبدل الذات » وعامل عمله .

والأصل في ذلك ما ورد صحيحاً في لحم أهدته بريرة للنبي (ﷺ) فقيل له : إنه تصدق به عليها ، فقال : « هو عليها صدقة ولنا هدية » فأقام (ﷺ) تبدل سبب الملك ، من التصدق الى الإهداء ، فيما هو محظور عليه ، وهو الصدقة ، مقام تبدل العين .

ثانياً) ـ التطبيق

ويتفرع على ذلك نوادر كثيرة :

منها : ما لو اشترى من آخر عيناً ، ثم باعها من غيره ، ثم اشتراها من ذلك الغير ، ثم اطلع على عيب قديم فيها كان عند البائع الأول ، فليس له أن يردها عليه ، لأن هذا الملك غير مستفاد من جانبه (ر : رد المختار ، في أوائل خيار العيب ، عن الذخيرة) . بخلاف ما لو اشترى من رجل داراً وقبضها ، ثم باعها من غيره ، ثم اشتراها منه ثانياً ، ثم استحقت الدار من يد المشتري ، فإن له أن يرجع على البائع الأول بالثمن (ر : ذخيرة الفتوى ، من البيوع ، في الحادي والعشرين ، عن شمس الأئمة الأوزجندي) .

ومنها : ما لو وهب لغيره العين الموهوبة له ثم عادت إليه بسبب جديد بأن باعها منه أو تصدق بها عليه ، فأراد الواهب أن يرجع بهبته لا يملك ذلك (ر : الدر المختار ، من الرجوع في الهبة) .

ولذلك لو باع عقاراً لغيره ، وكان له شفيع ، فسلم الشفيع الشفعة للمشتري ، ثم تقايل البائع مع المشتري البيع ، فللشفيع أن يأخذ العقار من البائع

* * *

بالشفعة حيث كان عوده إليه بسبب جديد وهو الإقالة ، لأنها بيع جديد في حق ثالث ، والشفيع هنا ثالثها (ر : الدر المختار ، من الشفعة ، من باب ما تثبت هي فيه) .

وكذا لو اشتراه البائع من المشتري كان للشفيع أخذه بالأولى .

وقد فرع شراح المجلة هنا فروعاً لا تدخل في القاعدة فلم نعرج عليها .

(تنبيه) :

نقل في ذخيرة الفتوى (في الاستحقاق من البيوع ، الفصل / 21) فرع الاستحقاق المذكور أعلاه عقب الفرع الأول من فروع القاعدة ، واستشكله من وجهين : حاصل الأول أن ظاهر الرواية انه اذا استحق المبيع لا يرجع أحد من الباعة على بائعه بالثمن ما لم يرجع عليه ، فكيف يرجع هنا على بائعه ولم يرجع عليه المشترى منه ؟! وحاصل الثاني : انه نقل الفرع الأول (فرع الرد بالعيب) وعلله بأنه لو رده عليه كان للمردود عليه أن يرده عليه ثانية لأنه اشتراه منه فلا يفيد ، وليس له أن يرده على البائع الأول ايضاً ، لأن هذا الملك غير مستفاد من جهته وانه ينبغي على قياس هذا ان يكون الحكم في فصل الاستحقاق كالحكم في فصل الرد بالعيب . ثم قال : ويجوز أن يكون بين الاستحقاق وبين الرد بالعيب فرق، انتهى ملخصاً . ولم ينبه على الفرق ولم يبينه . ولعل الفرق هو أنه بالاستحقاق ظهر أن البائع باع وسلم ما ليس ملكاً له .ولا يخفى أن هذا البيع والتسليم له شبهان: يشبه من جهة بيع الفضولي بدليل ما نصوا عليه في باب الاستحقاق من أنه بالقضاء للمستحق لا تنفسخ البياعات على الأصح ما لم يفسخ المستحق أو يقضي على البائع بالثمن للمشتري أو يرضى البائع برد الثمن له ، وعللوه بأنه بيع فضولي يحتمل الإجازة . ويشبه من جهة أخرى الغصب بدليل ما نصوا عليه في كتاب الغصب من ان البيع والتسليم يوجب الضمان ولو المبيع عقاراً على الأصح ، ومن جهة كونه غصباً يكون المشتري بمنزلة غاصب الغاصب ، ويكون المبيع واجب الرد ، وإذا كان واجب الرد شرعاً فبأي جهة وقع الرد يكون أداء لذلك الواجب ، كالمبيع فاسداً والمغصوب ، إذا باعه المشتري من بائعه أو الغاصب من مالكه ، أو وهبه إياه ، يكون رداً بحكم الفساد الواجب عليه رفعه (ر : ما تقدم تحت المادة / 2) وغاصب الغاصب يبرأ برد العين المغصوبة على الغاصب أو يرد بدلها عليه إذا هلكت كما يبرأ بالرد على المغصوب منه (ر : الدر المختار ، من الغصب) وعليه فيكون بيع

المشتري الأخير المبيعَ للمشتري الأول يعتبر بعد ظهور كونه مستحقاً رداً على الغاصب لا بيعاً لما له من شَبَه الغصب. وإذا كان رداً لم يكن مستفيداً للملك من جهة غير البائع، فيرجع عليه بالثمن. بخلاف ما أورده صاحب الظهيرية من فرع الرد بالعيب فإن شراء المشتري فيه للمبيع المعيب ثانياً من مشتريه هو شراء محضٌ، والمبيع ليس له شبه الغصب حتى يمكن اعتباره رداً، فافترقا.

هذا ما ظهر لي، والله سبحانه وتعالى أعلم.

* * *

القاعدة الثامنة والتسعون (المادة / 99)
« من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه »

أولاً) ـ الشرح

« من استعجل الشيء » الذي وضع له سبب عام مطرد ، وطلب الحصول عليه « قبل أوانه » أي قبل وقت حلول سببه العام ، ولم يستسلم الى ذلك السبب الموضوع ، بل عدل عنه وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان « عوقب بحرمانه » لأنه افتأت وتجاوز ، فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محظور فيعاقب بحرمانه ثمرة عمله التي قصد تحصيلها بذلك السبب الخاص المحظور .

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل :

منها : ما لو جاءت الفرقة من قبل الزوجة بسبب ردتها ، فليس لها أن تتزوج بعد توبتها بغير زوجها ، وبه يفتى (ر : الدر المختار ، من باب المرتد) وتجبر على تجديد العقد على زوجها بمهر يسير ، وعليه الفتوى (ر : الدر المختار ، من باب نكاح غير المسلمين) وذلك لرد عملها عليها ، فإن السبب الموضوع لحل عقدة النكاح بالوجه العام منوط بالزوج الذي هو قوام عليها ، والذي هو أحرى أن يكون مظنة استعمال الروية والحكمة وتوخي الصواب فيه ، فلما استحصلت على حل هذه العقدة بهذا السبب الخاص المحظور ، وهو المروق من الدين ، عوقبت برد عملها هذا عليها بحرمانها ثمرته الخبيثة بما ذكرنا ، حتى إن الدبوسي والصفار ومشايخ بلخ وبعض مشايخ سمرقند قالوا بعدم وقوع الفرقة أصلاً بردتها زجراً لها، قال في النهر : وهو أولى . ثم لو ماتت في الردة فعلى القول الأول بوقوع الفرقة يرثها الزوج إذا كانت ردتها في المرض وماتت وهي في العدة لكونها فارة ، فإن الفرار يتحقق من الزوجة كما يتحقق من الزوج (ر : الدر المختار ، من طلاق المريض) . وعلى قول الدبوسي ومن ذكر بعده يرثها مطلقاً بلا قيد .

ومنها : ما لو طلق امرأته في مرض موته ثم مات وهي في العدة فإنها ترث منه رداً لعمله أيضاً فإن السبب العام الذي يمنع أحد الزوجين لا على التعيين من إرثه من الآخر هو تقدم موته ، وهذا يحتمل وقوعه عليه أو عليها ، فلما أراد الزوج التنصل عن هذا السبب الموضوع بوجه عام والخروج من دائرة احتمال وقوعه عليه دونها وعمل على حصر عدم الإرث في جانبها بهذا السبب الخاص المحظور استعماله لمثل هذا المقصد السيىء عوقب برد عمله هذا عليه وحرمانه ثمرته بتوريثها منه .

ومنها : ما لو باشر المكلف قتل مورثه أو من أوصى له سواء كان قتله له عمداً ، وهو أن يتعمد بلا حق ولا تأويل ضربه بآلة مفرقة للأجزاء ، أو شبه عمد ، وهو : أن يتعمد ضربه كذلك بغير آلة مفرقة للأجزاء ولكن بما يقتل غالباً فيموت من ضربه . فإن كلا القتلين يمنع الإرث ويبطل الوصية ولا يعسر بعدما تقدم توجيه مسألتي القتل العمد وشبهه ، على النسق الذي وجهت به المسائل المتقدمة .

وأما القتل خطأ ، كأن يرمي المكلف صيداً مثلاً فيصيب آدمياً ، أو بما جرى مجرى الخطأ ، كمكلف نائم انقلب على غيره فقتله ، فليس من فروع القاعدة لعدم ظهور الاستعجال فيه ، وإنما امتنع إرث المكلف فيه لوجود المباشرة منه بقتل مورثه معه ، ولا يشترط في مؤاخذة المباشر أن يكون متعمداً (ر : المادة / 92) .

ولا يؤثر على تفريع مسألتي قتل العمد وشبهه على هذه المادة وجود المباشرة فيهما أيضاً ، لأنه لا مانع من تزاحم العلل ، بخلاف القتل تسبباً ، كما إذا مات مورثه بسقوط جناح عليه كان أخرجه الوارث الى الطريق ولو بغير حق ، أو مات بسقوطه في بئر كان حفره الوارث ولو في محل لا حق له في الحفر فيه فإنه لا يمنع إرثاً ولا وصية ، لعدم ظهور معنى الاستعجال السابق فيه وعدم المباشرة . وبخلاف ما اذا كان القتل بحق ، كما إذا قتل مورثه قصاصاً . أو بلا حق ولكن عن تأويل ، كالخوارج والبغاة إذا كانوا متأولين وصار لهم منعة فقتل أحدهم مورثه العادل ، فإن كلاً من القتلين لا يمنع إرثاً ولا وصية .

(تنبيه) :

يقرب مما دخل تحت هذه المادة وليس منه لعدم ظهور الاستعجال فيه ما نقله في الدر المختار (من الوقف ، قبيل فصل : يراعى شرط الواقف ، عن معروضات المفتي أبي السعود) من منع القضاة عن الحكم بصحة وقف المديون ، لئلا يتضرر

أرباب الديون ، لهربه من الدين بواسطة التجائه الى الوقف ، فيرد عمله عليه بعدم الحكم بصحة وقفه .

(تنبيه آخر) :

المستعجل على الشيء قبل أوانه إنما يعاقب بحرمانه ورد عمله عليه بقدر الإمكان ، فإن أمكن رد كل العمل ، كما في المسائل المتقدمة ، فبها وإلا فبقدر ما يمكن .

فلو وقعت الفرقة بين الزوجين من قبل المرأة بحرمة المصاهرة ، كإرضاعها ضرتها الصغيرة مثلاً ، فإنه لا يمكن رد عملها عليها بإرجاعها الى زوجها والحالة هذه ، ولكن ينظر فإن جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول سقط المهر ، وان جاءت بعد الدخول تقرر المهر كله على الزوج ، ولكن تسقط نفقة العدة عنه ، ولا يمكن رد عملها عليها بأكثر من هذا ، لأن سقوط المهر حينئذٍ يجعل الدخول السابق بلا مهر ولا حد ، وهو لا يكون لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة حدٍّ أو مهر .

ثالثاً) ـ المستثنى

وخرج عن هذه القاعدة :

ما لو قتل الدائن مديونه وله عليه دين مؤجل حل الدين ولا يمنع قتله له حلول الدين .

* * *

القاعدة التاسعة والتسعون (المادة / 100)

« من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه »

أولاً) ـ الشرح

« من سعى في نقض ما تمّ » انبرامه « من جهته » وكان لا يمس به حق صغير أو حق وقف « فسعيه مردود عليه » لأنه والحالة هذه يكون متناقضاً في سعيه بذلك مع ما كان أتمه وأبرمه ، والدعوى المتناقضة لا تسمع .

ثانياً) ـ التطبيق

يتفرع على المادة :

ما إذا أقر ثم ادعى الخطأ في الإقرار فإنه لا يسمع منه (ر : شرح المادة / 79) .

ومنه : ما إذا ضمن الدرك لمشتري الدار ، ثم ادعى شفعة فيها أو ملكاً لها ، فإنه لا يسمع منه ، لأن ضمان الدرك للمشتري يتضمن بلا شك تقرير سلامة المبيع له ، ودعواه الشفعة أو الملك فيها تنقضه فلا تسمع .

ومنه : ما لو بادر الى اقتسام التركة مع الورثة ، ثم ادعى بعد القسمة أن المقسوم ماله ، فإنه لا تسمع دعواه (ر : المادة / 1656) لأن إقدامه على القسمة فيه اعتراف منه بأن المقسوم مشترك .

ومنه : ما إذا باع أو اشترى ثم ادعى أنه كان فضولياً ، وأن المالك أو المشتري لم يجزِ العقد لم يسمع ذلك منه (ر : الدر المختار ، من باب الفضولي ، من كتاب البيوع وغيره) .

ومنه : ما لو تراكمت نفقة الزوجة المقضي بها أو المتراضى عليها ،ولم تكن مستدانة بأمر القاضي ، فطلقها بائناً لتسقط النفقة المتراكمة في ذمته لا لذنب منها فإنه يرد قصده ويرد سعيه عليه . (ر : الدر المختار وحاشيته ، من باب النفقات) . فليتأمل هذا الفرع ، فإنه في صورة ما إذا كانت متراضى عليها فالأمر ظاهر . وأما

إذا كانت مقضياً بها فيمكن أن يقال : انها تمت من جهته بعقد النكاح ، فإن النفقة تجب بالعقد إذا لم تمنع نفسها عنه .

ومنه : ما في جامع الفصولين (في الفصل الثامن عشر ، برمز فتاوى أبي بكر محمد بن الفضل) حيث قال : (واقعة) كرم بينهما باع أحدهما حصته من شريكه بيعاً جائزاً (أي بيعاً بالوفاء) ثم باعه من آخر باتاً حتى توقف على إجازة شريكه المشتري وفاء ، فأجاز شريكه فهل لشريكه حق الشفعة ؟ أجاب جل المفتين ببلدنا أن له الشفعة ، وأجبت : ليس له ذلك . انتهى ملخصاً . ولا يخفى أن عدم ثبوت الشفعة له لكونه بدعوى الشفعة يكون ساعياً في نقض ملك المشتري الذي تم من جهته بالإجازة فلا تسمع منه .

لكن يرد على فتوى أبي بكر بن الفضل هذه ما جاء في أحكام الصغار (في الشفعة) من قوله : إذا اشترى الأب داراً لابنه الصغير والأب شفيعها كان للأب أن يأخذها بالشفعة عندنا . انتهى . وهذه المسألة من مستثنيات القاعدة المذكورة ، ولا يخفى ان اجازة مشتري الوفاء للبيع البات ليست بأقوى من مباشرة الأب الشراء لابنه الصغير لنفسه .

يظهر أن الصواب ما أفتى به ابن الفضل من ان الشريك المجيز ليس له الشفعة . وبيان الفرق حينئذٍ بين هذه المسألة ومسألة الأب أن المشتري بتاتاً في مسألة الشريك يتملك العقار بعد إجازة مشتري الوفاء بالاستناد الى العقد السابق الحاصل قبل الإجازة، وبالإجازة يكون قد رضي بتملك ذلك المشتري، وبهذه الإجازة اسقط حقه بالشفعة.

أما في مسألة الأب فإن حق الشفعة إنما يثبت له مع فراغه من إجراء عقد الشراء لابنه ، فإذا طلب الشفعة مع تمام العقد بلا فاصل لا يكون قد حصل منه رضا بتسليم الشفعة بعد ثبوتها . وأما رضاه المستفاد من إقدامه على الشراء فلا عبرة به ، لأنه إنما كان قبل ثبوت حق الشفعة ، والحق قبل ثبوته لا يقبل الإسقاط .

أو يقال بعبارة أخرى : إن كلا من إجازة الشريك وإقدام الأب على الشراء لابنه يفيد الرضا المسقط للشفعة ، ولكن إجازة الشريك تفيد رضاه بعد ثبوت حق الشفعة له ، لأن المشتري يملك المبيع بعد الإجازة بالعقد السابق . أما رضا الأب المستفاد من إقدامه على الشراء لابنه فإنما كان قبل ثبوت حق الشفعة له ، لأن الشفعة

تثبت بعد العقد ، والحق لا يقبل الإسقاط قبل ثبوته . ولذا اشترطوا أن يكون طلب الأب للشفعة إثر الشراء بلا فاصل ، فيقول : اشتريت وأخذت بالشفعة . والأمثلة لهذا كثيرة .

ثم لا فرق فيما تمّ من جهة المرء بين أن يكون تمّ من جهته حقيقة ، كما إذا فعل ما تقدم بنفسه ، أو يكون تمّ من جهته حكماً ، كما إذا كان ذلك بواسطة وكيله ، أو صدر من مورثه فيما يدعيه بحكم الوراثة فإن السعي في نقضه لا يسمع منه ، لأن الوكيل مع الموكل والمورث مع الوارث بمنزلة شخص واحد .

ثم إنما قيدنا بقولنا : « وكان لا يمس به حق صغير أو حق وقف » لإخراج ما إذا كان الأمر التام من جهته ليس أحدهما ، كما إذا باع الأب أو الوصي أو المتولي مال الصغير أو الوقف ثم ادعى ان بيعه كان بغبن فاحش ، فإن دعواه تسمع (ر: الأشباه ، من القضاء) .

وكما إذا اشترى أرضاً ثم ادعى أن بائعها كان جعلها مقبرة أو مسجداً فإنه يقبل .

ثالثاً) ـ المستثنى :

يستثنى من القاعدة المذكورة :

ما لو اشترى العين المأجورة او العين المرهونة بدون إذن المستأجر أو المرتهن عالماً بأنها مأجورة أو بأنها مرهونة فإنه يبقى على خياره ، كما هو الصحيح الذي عليه الفتوى ، إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء انتظر انتهاء مدة الإجارة أو فكاك الرهن (ر : الدر وحاشيته ، في باب التصرف في الرهن) . فهو في صورة اختياره فسخ البيع ساعٍ كما ترى في نقض ما تمّ من جهته ولم يرد سعيه عليه .

والظاهر أن وجهه ان الخيار ـ والحالة هذه ـ لم يجب بتمليك البائع إياه لخيار الشرط حيث يسقط بمفيد الرضا ، بل وجب بإيجاب الشرع له كخيار الرؤ ية ، ولذا لا يسقط بالاسقاط الصريح . انتهى.

الفهارس

فهرس مراجع المؤلف
(مرتبة ألفبائيا)

- الإسعاف.
- الأشباه والنظائر، لابن نجيم، وحاشيته للحموي.
- أصول الكرخي.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني.
- تنوير الأبصار، للتمرتاشي.
- تنقيح الفتاوى الحامدية، لابن عابدين.
- تأسيس النظر، للدبوسي.
- تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق، للزيلعي.
- التعارض في التناقض، للشيخ محمود حمزة، طبع دمشق 1303 هـ.
- التعريفات، للسيد الشريف الجرجاني.
- التوضيح شرح التنقيح، لصدر الشريعة.
- جامع أحكام الصغار، للأستروشني.
- جامع الفصولين، لابن قاضي سماوه.
- الخراج، لأبي يوسف.
- الدر المختار، للحصكفي.
- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر.
- الدرر شرح الغرر، لملا خسرو.
- ذخيرة الفتوى،
- رد المختار شرح الدر المختار، لابن عابدين.
- رسم المفتي، لابن عابدين.

- شرح الأربعين النووية، لابن حجر الهيثمي.
- شرح السراجية، للجرجاني.
- شرح النقاية، للقهستاني.
- شروح المجلة...
- شروح الهداية...
- الفتاوى الأنقروية.
- الفتاوى البزازية.
- الفتاوى الحامدية.
- الفتاوى الخانية.
- الفتاوى الخيرية.
- الفتاوى الهندية.
- الفتاوى العمادية.
- فتح القدير شرح الهداية، لابن الهمام.
- الفرائد البهية في القواعد الفقهية، للشيخ محمود حمزة.
- فيض المستفيض في مسائل التفويض، للغزي.
- القول الحسن في القول لمن، للشيخ محمود حمزة.
- لسان الحكام، لابن الشحنة.
- المبسوط، للسرخسي.
- مجلة الأحكام العدلية.
- مرآة المجلة.
- معين الحكام، للطرابلسي.
- المفردات، للراغب الأصفهاني.
- نور العين في ترتيب جامع الفصولين.
- الهداية، للمرغيناني.
- واقعات المفتين.

فهرس الآيات، وعزوها

الصفحة	نص الآية	السورة والآية
5	﴿ إليه يرجع الأمر كله ﴾	سورة
5	﴿ قل إن الأمر كله لله ﴾	سورة
5	﴿ وما أمر فرعون برشيد ﴾	سورة
84	﴿ ولا تنازعوا ﴾	سورة
84	﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ﴾	سورة
100	﴿ فاعتبروا يا أولي الأبصار ﴾	سورة
116	﴿ إلا أن يسجن أو عذاب أليم ﴾	سورة
161	﴿ وتعاونوا على البر والتقوى، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾	سورة
157	﴿ ولمن جاء به حمل بعير، وأنا به زعيم ﴾	سورة
157	﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾	سورة

الأحاديث النبوية، وتخريجها

الصفحة	طرف الحديث	التخريج
389	العجماء جرحها جبار	أخرجه البخاري ومسلم ومالك وأحمد في مسنده عن أبي هريرة، وأخرج الطبراني عن عمرو بن عوف.
290	أمره عليه السلام لزيد ابن ثابت أن يتعلم العبرية	عن زيد بن ثابت قال: قال لي النبي ﷺ: إني أكتب إلى قوم فأخاف أن يزيدوا عليّ أو ينقصوا فتعلم السريانية فتعلمتها في سبعة عشر يوماً (الإصابة 561/1 ، أسد الغابة 222/2، الاستيعاب 528/2.
5	إنما الأعمال بالنيات	أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن عمر بن الخطاب وأخرجه أبو نعيم والدارقطني وابن عساكر عن أبي سعيد الخدري، وأخرجه ابن عساكر أيضاً عن أنس. . .
237	لا تجوز الهبة إلا مقبوضة	**قال الزيلعي في نصب الراية: قلت: غريب، ورواه عبدالرزاق من قول النخعي.**
5	لا ضرر ولا ضرار	أخرجه أحمد في مسنده وابن ماجه عن ابن عباس وأخرجه ابن ماجه أيضاً عن عبادة، وأخرجه ابن أبي شيبة والحاكم والدارقطني، وحسنه عدد من العلماء وقال العلائي: للحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به.

الصفحة	طرف الحديث	التخريج
166	لا وصية لوارث	أخرجه الدارقطني عن جابر وغيره وأخرجه سعيد بن منصور مرسلاً، وله طرق إذا انضم بعضها لبعض قوي، كما ذكر المناوي (فيض القدير 440/6).
165	ما رآه المسلمون حسناً...	رواه أحمد في كتاب السنة عن ابن مسعود... وهو موقوف حسن، وأخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم والبيهقي في الاعتقاد. (كشف الخفاء 188/2).
151 189	ما نهيتكم عنه فاجتنبوه...	أخرجه مسلم (975/2) عن أبي هريرة وأحمد في مسنده (247/2).
247	من ولي من أمر هذه الأمة...	الطبراني عن ابن عمر بلفظ «من ولي شيئاً من أمور المسلمين لم ينظر الله في حاجته حتى ينظر في حوائجهم». قال الهيثمي والمنذري: رجاله رجال الصحيح إلا حسين ابن قيس ولا يضر في المتابعات (فيض القدير 228/6).
399	هو عليها صدقة ولنا هدية	رواه البخاري (136/3) في كتاب الهبة، و(61/7) كتاب الأطعمة، ومسلم مع النووي (182/7) كتاب الزكاة.

فهرس ألفبائي للقاعدة، والرقم(*)

(*) يلحظ أن رقم المادة يزيد رقماً واحداً عن رقم القاعدة، وهما مبينان في صدر كل قاعدة خلال صفحات الكتاب، مما يسهل معه الرجوع إليها ولو تغيرت أرقام الصفحات.

- الضرورات تبيح المحظورات (20).
- الضرورات تقدر بقدرها (21).
- العادة محكمة (35).
- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني للألفاظ والمباني (2).
- العبرة للغالب الشائع لا للنادر (41).
- الغرم بالغنم (86).
- قد يثبت الفرع دون الأصل (80).
- القديم يترك على قدمه (5).
- الكتاب كالخطاب (68).
- لا حجة مع الاحتمال الناشىء عن دليل (72).
- لا حجة مع التناقض، لكن لا يختل معه حكم الحاكم (79).
- لا ضرر ولا ضرار (18).
- لا عبرة بالظن البين خطؤه (71).
- لا عبرة للتوهم (73).
- لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (12).
- لا مساغ للاجتهاد في مورد النص (13).
- لا يتم التبرع إلا بالقبض (56).
- لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي (96).
- لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه (95).
- لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان (66).
- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان (38).
- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه (9).
- ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه (14).
- ما جاز لعذر بطل بزواله (22).
- ما حرم أخذه حرم إعطاؤه (33).
- ما حرم فعله حرم طلبه (34).
- المباشر ضامن وإن لم يتعمد (91).
- المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد (92).
- المرء مؤاخذ بإقراره (78).
- المشقة تجلب التيسير (16).
- المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة (63).

فهرس للقواعد حسب المصطلحات الفقهية

محتويات الكتاب

شرح القواعد الفقهية

دار الغرب الإسلامي
لصاحبها : الحبيب اللمسي
شارع الصوراتي (المعماري) ــ الحمراء ــ بناية الأسود
تلفون : 340131 - 340132 ــ ص.ب. 5787-113 بيروت ــ لبنان

رقم 32 / 3000 / 9 / 83

التنضيد: لترا برس

الطباعة: مطبعة المتوسط ــ بيروت، لبنان ــ تلفون 340535 ــ 242127


Bibliotheca Alexandrina
0579553